أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية

المستشار
أنور العمروسى

الجزء الرابع

الناشر
دار الفكر الجامعي
٣٠ ش سوتير الازاريطة ـ الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

أصول المرافعات ومذكرات الدفاع
فى الدعاوى والطعون

أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية

المستشار
أنور العمروسى

الجزء الرابع

الناشر
دار الفكر الجامعى
٣٠ ش سوتير الازاريطة - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

المطلب الثانى

الإختصاص الإستثنائى لبعض المحاكم الجزئية الشرعية بالمناطق النائية

٢٠٠ – تنص المادة ٧ من اللائحة الشرعية على أن :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية فى سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث بالحكم فى جميع المواد المنصوص عليها فى المادتين السابقتين وفى جميع المواد الشرعية الأخرى التى هى من إختصاص المحاكم الإبتدائية كما هو مبين فى المادة الثامنة الآتية . ويكون حكمها فى جميع ما ذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة فى الأحوال المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه اللائحة » .

وهذه البلاد واقعة فى أقصى الحدود الغربية والشرقية الواقعة فى أطراف محافظات مطروح وسيناء والبحر الأحمر والوادى الجديد .

ولموقعها الجغرافى وبعدها عن الجهات الآهلة بالسكان المعمورة والمتقارب بعضها من بعض ، ودفعاً للمشاق التى يستهدف لها سكان تلك المناطق النائية ، خاصة وأن منازعات أهلها بسيطة فقد خصها المشرع بقواعد إستثنائية من حيث إختصاص المحاكم الشرعية ، المنازعات الخاصة بالمواد المبينة باللائحة الشرعية (م٥ ، ٦ ، ٨) .

وهذه القواعد الإستثنائية نصت عليها المادة ٧ من اللائحة الشرعية ، وهى تخلص فيما يلى :

١ – أن المواد التى تختص بها تلك المحاكم الجزئية إختصاصاً نهائياً قد نصت عليها المواد ٥ ، ٦ ، ٨ من اللائحة الشرعية هى :

نفقة الزوجة ونفقة الصغير أياً كانت قيمة المطلوب أو المحكوم به منها.

نفقة المدة السابقة على رفع الدعوى أياً كانت قيمة المطلوب أو المحكوم به منها .

المهر والجهاز أياً كانت قيمة كل منها أو ما يستحقه الطالب من أيهما .

الصلح فيما يجوز شرعاً .

التوكيل فيما ذكر بين أحد الخصمين .

حق وأجرة الحضانة والإرضاع والحفظ .

إنتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر .

الزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير مهما بلغ مجموع الطلبات أو الزائد والأصل فى كل نوع .

النفقات بين الأقارب .

دعوى الإرث بجميع أسبابه مهما كانت قيمة التركة .

دعوى النصب فى غير الموقف .

الزوج والطاعة والعدة .

الطلاق والخلع والمبارأة .

الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

تصرفات الأوقاف (الإذن بالخصومة – طلب الإستدانة مهما كان مقدار المبلغ المطلوب – طلبات الإستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين، والتحكير والتأجير لمدة طويلة ، وتغيير المعالم مهما كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف) .

جميع المواد الشرعية الأخرى .

٢– ان أحكام المحاكم المذكورة غير قابلة للطعن إلا بالمعارضة (أى إن كانت غيابية) سواء أكانت فى مواد تختص بها المحاكم الجزئية أو المحاكم الإبتدائية أصلاً[١] .

---

(١) ويرى صاحبا شرح اللائحة الشرعية أن نظام التقاضى على درجتين غير موجود بتلك الجهات (شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد– ص١٢٢) .

الفرع الثانى

إختصاص المحاكم الإبتدائية الشرعية

٢٠١- حددت المادة ١٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بدعاوى الأحوال الشخصية - حددت المادة العاشرة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية فى أنه بما لا يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، وبدعاوى الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقت والتصرفات الواردة عليه .

وللمحكمة الابتدائية المختصة محليًا بنظر دعاوى التطليق والطلاق والتفريق الجسمانى دون غيرها ، الحكم ابتدائيًا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته .

وتلتزم المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات باحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد .

وللمحكمة أثناء سير الدعوى ان تصدر احكامًا مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قدرته من نفقة بالزيادة أو النقصان .

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام الموقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها .

- تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفى العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجر سببًا لزوال اهليته للزواج ويترتب على اقامة الدعوى وقف اتمام الزواج حتى يحكم نهائيًا فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفعه وتعيين القيم

ومراقبة أعماله والفصل فى حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور بتسلم أمواله لادارتها وفقاً لأحكام القانون ، وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين مأذون بالخصومة عليه ، وتقدير نفقة للمحجور عليه فى ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية وبين القيم فيما يتعلق بالانفاق على المحجور عليه (م١١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

قضاء المحكمة بسلب الولاية – نصت المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا نصت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفت وفقاً للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع . فإن امتنع من عهد إليه بها بعد اخطاره على النحو المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال فى هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة ٤١ من هذا القانون .

وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الاجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية .

الاختصاص باعتماد الحساب – تختص المحكمة التى تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل فى المنازعات المتعلقة بهذا الحساب (م١٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

الاختصاص بالحساب وتسليم الأموال والتنفيذ – تختص المحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال حتى تمام الفصل فيهما .

كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة فى هذا الشأن .

٢٠٢-الجهة المختصة بتصحيح الخطأ فى قيود الزواج والطلاق والنسب قد يقع المأذون فى خطأ - حين يسجل بيانات وثيقة الزواج - فى الزوج أو فى إسم الزوجة ، ولا يكتشف هذا الخطأ إلا بعد مدة حين تطلب مسوغات التعيين ، أو الأوراق اللازمة لإستخراج جواز سفر ، لأحد الزوجين أو لأى من أولادهما ، حال حياة الزوجين أو بعد وفاة اى منهما ، أو بعد وقوع طلاق بينهما ، فما هى الجهة المختصة بإجراء التصحيح ؟

المستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ٣٦ من قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ أن التغيير أو التصحيح فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق أو التصادق أو التطليق أو إثبات النسب ، فى السجلات ، يكون بناء على أحكام أو وثائق تصدر من جهة الإختصاص دون حاجة إلى إستصدار قرار بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٤١ من قانون الأحوال المدنية المعدل المشار إليه (والتى تشكل فى دائرة السجل المدنى بالمحافظة من رئيس النيابة العامة رئيساً ، ومدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية عضوين) ، اى أن الفقرة الثانية إستثنت تصحيح أو تغيير تلك الواقعات من إختصاص اللجنة[١] .

وعليه ، فإنه يتعين على أصحاب الشأن أن يستصدروا من الجهات المختصة طبقاً لقواعد الإختصاص المرعية فى هذا الشأن ، عن طريق دعوى ترفع فى هذا الصدد .

ويتعين على قلم كتاب المحكمة المختصة - بمجرد قيد أية دعوى ترفع بطلب التصحيح لإحدى قيود واقعات الأحوال المدنية - أن يحرر إخطاراً[٢] بمضمون الدعوى ، ورقمها ، وأسماء الخصوم فيها ، ومحلات إقامتهم ، ورقم البطاقة إن وجد ، وذلك برسالة توجه إلى مكتب السجل المدنى الواقع فى دائرة المحكمة المختصة ، ويؤشر على ملف القضية بما يفيد تاريخ ورقم هذا الإخطار ، وذلك تنفيذاً لحكم المادة ٣٧ من قانون الأحوال المدنية .

---

(١) يراجع الكتاب الدورى ١٧ سنة ١٩٦٨ بكتاب مجلس الدولة رقم ٤٩/١١٦ (١٩٥٣) بتاريخ ١٩٦٨/٦/٤ .

(٢) يراجع كتاب وزارة العدل المبلغ للمحاكم فى ١٩٦٢/١/٢٠ برقم ٦/١/٢٤ (٢٥٨).

ولكن ما هى المحكمة المختصة نوعياً بإجراء هذا التصحيح أو التغيير ؟ الذى نراه أن المحكمة الجزئية (الدائرة الخاصة بالولاية على النفس) (١) هى المختصة بإجراء التصحيح أو التغيير ، ثم كانت مختصة كذلك بتصحيح الخطأ وإجراء التغيير فيه (٢) .

وقد قضى فى دعوى تصحيح واقعة طلاق ... أقامتها المدعية ضد المدعى عليه ، أوردت فى سياق صحيفتها أنها كانت زوجة له بتصحيح العقد الشرعى دخل بها وعاشرها ، ثم طلقها لدى مأذون ... بإشهار طلقة أولى بائنة بينونة صغرى على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، وقد ذكر فى إشهار الطلاق خطأ أن إسم والدة المطلقة « ... » حالة أن إسمها الصحيح هو « ... » بما يستلزم التصحيح وختمت الصحيفة بطلب الحكم لها على المدعى عليه بتصحيح إسم والدتها بإشهار الطلاق المذكور بجعله « ... » بدلاً من « ... » .

وبجلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ قضت المحكمة غيابيًا للمدعية على المدعى عليه بتصحيح إسم والدتها بإشهار الطلاق رقم ... من الدفتر رقم ... عملية مأذون ناحية « ... » مركز الزقازيق ، بجعله « ... » بدلاً من « ... » (٣) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان إختصاص المحكمة الجزئية النوعى قد حددته المادتان ٥ ، ٦ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بنظر مواد محددة على سبيل الحصر ليس من بينها تصحيح الإسم ، وكانت المحكمة الإبتدائية للولاية على النفس هى المختصة بنظر المواد المتعلقة بالزواج والطلاق عملاً بالمادة ٨ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ – لما كان ذلك وكان الحكم إذ قضى فى موضوع طلب تصحيح وتغيير واقعة إشهار

---

(١) معدلة طبقاً للمادة ٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

(٢) دمياط الكلية الشرعية – الدائرة الأولى – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ القضايا ١٠ سنة ١٩٧٥ و٢٢ سنة ٧٥ و ٢٨ سنة ١٩٧٥ و٣١ سنة ١٩٧٥ كلى أحوال .

(٣) مركز الزقازيق – جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ – القضية ٧٣٩ لسنة ١٩٧٥ شرعى الزقازيق ، والقضية رقم ٧٣١ لسنة ١٩٧٥ شرعى مركز الزقازيق ، والقضية ٥٤٦ لسنة ١٩٧٥ شرعى مركز الزقازيق – بذات الجلسة .

طلاق، مستنداً إلى تعليمات لا ترقى لمرتبة القانون ، وكان قضاؤه فى الموضوع ينطوى على قضاء ضمنى بإختصاص المحكمة الجزئية بنظر الطلب فإن الحكم يكون مشوباً بمخالفة القانون .

كما تختص المحكمة الإبتدائية الشرعية للأحوال الشخصية بتغيير قيد (الديانة) لمن كان غير مسلم ثم أسلم ثم إرتد عن الإسلام ، شريطة أن تضمن المحكمة أسباب حكمها أن المدعى يكون (مرتداً) وأحكام الردة انه لا يرث مسلماً ولا ذمياً ولا مرتداً ، ولا حق له فى حضانة صغاره ، وأن المرتد يحل دمه (١).

٢٠٣ – طبيعة الدعوى بموت المفقود :

من المقرر فى الأصول الشرعية ، التى إستقى المشرع الوضعى من ينابيعها أحكام المادتين ٢١ ، ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والتى دلت عليها المذكرة الإيضاحية ، أنه لما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته ، كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ، ثم لا يعود ، أو يفقد فى ميدان القتال ، والبعض الآخر يفقد فى حال يظن معها بقاؤه سالماً ، كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو السياحة ، ثم لا يعود ، فرؤى الأخذ بمذهب الإمام أحمد إبن حنبل فى الحالة الأولى ، ويقول مصحح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية ، وفى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده ، فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد ، إعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج من بعده ، وقسم ماله بين ورثته ، وفى الحالة الثانية يترك أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى ، فإذا بحث فى وجوده بكل الطرق الممكنة ، وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده ، وتبين أن مثله ليس على قيد الحياة إلى هذا الوقت ، حكم بموته (المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى التعليق على المادتين ٢١ ، ٢٢) هذا ، ويلاحظ أن السنة فى مدة المفقود هى السنة الهلالية لأنها الأصل فى التقديرات الفلكية الشرعية – فإذا حكم بوفاة المفقود إعتبرت تلك الوفاة من تاريخ الحكم ، وتعتبر عدة الوفاة بالنسبة

---

(١) معدلة طبقاً للمادة ٣ فقرة أخيرة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

لزوجته من وقت الحكم بموته ، وإذا ظهر المفقود بعد الحكم بوفاته ، يقول (إبن عابدين) أن ما يكون له من مال قائم يأخذه ويعود إليه ، أما ما إستهلكه الورثة من ماله أو أخرجوه عن ملكهم بتصرف شرعى ، فلا يسترد المفقود الذى ظهرت حياته شيئاً منه ولا قيمته ولا مثله ، ولا يضمن الورثة ، لأنهم تصرفوا فيه على أساس أنهم تملكوا بحكم شرعى سليم ، والقاعدة أن من تصرف بحكم قضائى لا يضمن شيئًا – أما بالنسبة لزوجته فإذا كانت لم تتزوج أو تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثانى ، عادت إلى زوجها الأول الذى كان مفقوداً وظهرت حياته ، وكذلك تعود إليه إذا تبين أن الأساس الذى قام عليه الحكم كان باطلاً ، فإذا كانت قد تزوجت غيره بعقد صحيح ودخل بها الزوج الثانى وإتضح بجلاء أنه كان غير عالم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها ، فإن الزوجة تكون للثانى لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى ، وقد دخل بها ، فبمقتضى ذلك العقد الصحيح المبنى على أسس صحيحة فى الظاهر فتكون له بداهة ، ولا يفسخ ذلك العقد ، أما إن علم قبل الدخول بحياة المفقود فهى للأخير لا محالة (١) وكذلك الأمر إذا كان زواجها فى أثناء عدة الوفاة ، ويحق له رفع دعوى بالتفريق ، ويثبت النسب بهذا الدخول .

وإذا ثبت أن والد المدعى فقد منذ الإعتداء الثلاثى على بورسعيد عام ١٩٥٦ وإنقطعت أخباره منذ ذلك التاريخ حسبما دلت الشهادتان المقدمتان والبينة الشرعية التى تقدم بها ، وأنه قد غاب مدة تزيد على أربع سنوات متتالية فى ظروف يغلب فيها هلاكه ، ومن ثم يتعين القضاء بإثبات غيبته وبموته ، بحيث تعتد زوجته عدة الوفاة من يوم الحكم وتورث أمواله فيما بين ورثته (٢) وعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام .

---

(١) إبن عابدين ، ومصر الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٣١/١/٣١ القضية ٢٢٨ سنة ١٩٢٩ / ١٩٣٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ، العدد ٩ ، رقم ٩٩ ص٨٤٨ وما بعدها ، وبحث : المفقود الغائب – للأستاذ عباس طه المحامى الشرعى – المحاماة الشرعية – السنة ٢٥ – العدد ٧ و٨و٩و١٠ – ص٣٢٣ وما بعدها ، ومنشور الحقانية رقم ٢٣ فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٠ .

(٢) دمياط الكلية للأحوال الشخصية (الدائرة الأولى) – جلسة ١٩٧٤/٢/٢٣ – القضية ٤٢ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى ، والعليا الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٩/٢ – =

هذا ويلاحظ أن دعوى إثبات غيبة المفقود والحكم بوفاته تختص بنظرها المحكمة الإبتدائية (الكلية) دائرة الأحوال الشخصية (الشرعية) .

ونتناول فى مطلبين نوعى إختصاصها على النحو التالى :

المطلب الأول

الإختصاص النهائى للمحاكم الإبتدائية الشرعية

٢٠٤- فتكون أحكام المحاكم الإبتدائية الشرعية (دوائر الأحوال الشخصية بالمحاكم الإبتدائية) إنتهائية فيما يلى :

١- فى قضايا الإستئناف المرفوعة فى الأحكام الإبتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية الشرعية (الأحوال الشخصية) فى المنازعات المبينة بالمادة السادسة من اللائحة الشرعية والتى تناولنا بحثها فى المطلب الثانى من الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثانى (نظرية الدعوى) من هذا المولف ، إعتباراً من أن المحكمة الإبتدائية فى هذه الحالة هى محكمة الدرجة الثانية لهذه الخصومات .

٣- فى تصرفات الأوقاف التالية :

(أ) الإذن بالخصومة .

(ب) طلب الإستدانة إذا كان المبلغ المطلوب إستدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى .

(جـ)طلبات الإستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير ، والتأجير لمدة طويلة ، وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا يزيد على مائتى جنيه .

=المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ٩و١٠ - ص ٣٢٤ ، والأزبكية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٤/٢٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢١ - العدد ٣و٤ ص١٨٧ ، ودمياط الكلية الشرعية - الدائرة الأولى - جلسة ١٩٧٧/١/٢٩ - القضية ٦٧ لسنة ١٩٧٦ أحوال نفس كلى ، وذات الجلسة - القضية ٦٨ لسنة ١٩٧٦ أحوال نفس كلى.

وقد جاء نص المادة - فى تصرفات الأوقاف - بأن ما يصدر فيها هى قرارات نهائية فيما ورد - على سبيل الحصر - بتلك المادة .

المطلب الثانى

الإختصاص الإبتدائى للمحاكم الإبتدائية الشرعية

٢٠٥- الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بدعاوى الأحوال الشخصية - حددت المادة العاشرة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية فى انه بما لا يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ، وبدعاوى الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقت والتصرفات الواردة عليه .

وللمحكمة الابتدائية المختصة محليًا بنظر دعاوى التطليق والطلاق والتفريق الجسمانى دون غيرها ، الحكم ابتدائيًا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته .

وتلتزم المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات باحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد .

وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكامًا مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قدرته من نفقة بالزيادة أو النقصان .

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام الموقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها .

- تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفى العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجر سببًا لزوال أهليته للزواج ويترتب على اقامة الدعوى وقف اتمام الزواج حتى يحكم نهائيًا فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفعه وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل فى حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور بتسلم أمواله لادارتها وفقاً لأحكام القانون ، وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين مأذون بالخصومة عليه ، وتقدير نفقة للمحجور عليه فى ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية وبين القيم فيما يتعلق بالانفاق على المحجور عليه (م١١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

– **قضاء المحكمة بسلب الولاية** – نصت المادة ١٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا نصت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفت وفقاً للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع . فإن امتنع من عهد إليه بها بعد اخطاره على النحو المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال فى هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة ٤١ من هذا القانون .

وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الاجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية .

– **الاختصاص باعتماد الحساب** – تختص المحكمة التى تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل فى المنازعات المتعلقة بهذا الحساب (م١٣ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

– **الاختصاص بالحساب وتسليم الأموال والتنفيذ** – تختص المحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال حتى تمام الفصل فيهما .

كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة فى هذا الشأن .

تختص المحاكم الشرعية (دون الوطنية) بفرز أعيان الوقف وقسمتها بين مستحقيها [1] .

المحاكم الشرعية هى المختصة بنظر دعاوى الإستحقاق ومواد القسمة بجميع أنواعها فى الأوقات التى أعتبرت منتهية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢[2] .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ جعل فوز حصة الخيرات من إختصاص المحاكم الشرعية دون سواها . وأن المادة ٤١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦جعلت تغيير حصة الخيرات من الأعيان الموقوفة تفى بالمرتب المخصص للخيرات ، على أنه إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات معينة المقدار أو فى حكم المعينة وطلبت القسمة ، فرزت حصة تضمن غلتها فيما شرط للخيرات بعد تقديرها طبقاً للمواد ٣٦، ٣٧، ٣٨ على أساس متوسط غلة الوقف [3] .

إن طلب أحد المستحقين فى وقف عدم التعرض له فى نصيبه سيجر حتماً إلى تحديد إستحقاق كل جهة من الجهات الموقوف عليها فى إشهاد الوقف ، ولا يقال بأن المحكمة قد بحثت فى الإستحقاق مع أن الخصوم لم يتداعوا عليه ، بل على مجرد منع التعرض طالما أن النزاع المطروح يستلزم الفصل فيه التعرض لأمر يدخل بطبيعته فى إختصاص المحكمة [4] .

---

(١) طنطا الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤٩/١/١٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ١و٢ – ص٨٦ .

(٢) دمنهور الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٤/٥ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٤و٥ – ص٢٤٦ ، والعليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/١٠/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ١و٢ – ص٨٥ ، والعليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٢/٦ – المرجع السابق – العدد ٤و٥ – ص١٩٦ ، والجيزة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٦/٢٢ – المرجع السابق – العدد ٨و٩ – ص٣٩٢ .

(٣) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٤/٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ٨و٩ – ص٣٨٠ .

(٤) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٨/١٢/١ – المرجع السابق – العدد ٣و٤ .

ان بيان ما تستحقه الجهات الموقوف عليها هو مما يدخل فى صميم إختصاص المحكمة الإبتدائية بهيئة قضائية وليس بهيئة تصرفات خصوصاً عند وجود نزاع فى بيان قيمة الإستحقاق ، ولا يدخل ذلك فى إختصاص هيئة التصرفات لأنها لا تختص ببيان قيمة الإستحقاق فى وقف أو بتفسير شروط الواقفين سيما إذا كان هناك نزاع جدى فى أصل الحق أو مقداره . فهيئة التصرفات ليس لها إختصاص قضائى بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالإستحقاق بحيث إذا فصلت فى نزاع جدى يتعلق بشىء من ذلك أثناء السير فى إحدى مواد التصرفات كانت متعدية إختصاصها وفصلت فى امر لا تملكه شرعًا ولا قانونًا ، لأنه من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن ولى الأمر إذا جعل القاضى مختصًا بالفصل فى نوع من القضايا كان بالنسبة لغيره كسائر الأفراد ، فلا يملك الفصل فيه ، وقد سارت القوانين الوضعية على ذلك (١) .

إن طلب التسليم يعتبر ملحقًا بطلب الإستحقاق وفرع عنه ويأخذ حكمه . وطالما ان طلب الإستحقاق فى الوقف من إختصاص المحكمة ، فإن الأمر بتسليم ما يحكم به هو من إختصاصها ايضاً (٢) .

إن القرار بإنهاء الوقف لا يعتبر حكمًا قضائيًا ، بل هو امر ولائى لا يحوز قوة الأمر المقضى ، إذ هو لا يفصل فى خصومة ، ومن ثم يجوز للخصوم طلب الحكم بإستحقاقهم فيما زاد عن حصة الخيرات فى الوقف .

تعرض هيئة التصرفات للإستحقاقات أثناء إنهائها الوقف على الخيرات – لا يجعل هذا التعرض الوارد فى الأسباب– قضاء فى الإستحقاق، فهذا التعرض إنما يعتبر عنصراً فى تقدير حصة الخيرات على الأكثر (٣) .

---

(١) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٩/١/٢٥ – المرجع السابق – العدد ٩و١٠ – ص١٤٩.

(٢) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٩/٢/١٦ – المرجع السابق – العدد ٩و١٠ – ص١٥١ .

(٣) إستئناف الأسكندرية– جلسة ١٩٦٣/٣/١٢ – الاستئناف رقم ٥ لسنة ١٩٦٢ تصرفات ، قضاء الأحوال الشخصية نفسًا ومالاً – للمستشار صالح حنفى – ص٤٣٢ .

مبادىء النقض فى مسائل الوقف :

٢٠٦- أصدرت محكمة النقض ، أحكامًا حديثة . فقررت فى مسائل الوقف المبادىء الهامة التالية :

إستقر قضاء النقض (١) على وجوب تدخل النيابة فى الدعوى كلما تعلق النزاع بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالإستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت ، وإلا كان الحكم باطلاً ، دون تفرقة بين ما إذا كانت الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف (التى كانت تنظرها المحاكم الشرعية ، ثم صارت من إختصاص الدوائر الكلية للأحوال الشخصية بعد صدور قانون توحيد جهات القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ، أو كانت قد رفعت بإعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف .

وتعد من المسائل المتعلقة بأصل الوقف - فى إطار قضاء النقض المستقر - ما يلى : الإدعاء بإنحسار صفة عن أرض النزاع - تفسير نية الواقف وتعرف لمقصوده - بيان مدى حق الواقف فى الرجوع فى الوقف - إنشاء الوقف وشرطه تفسير عبارات كتاب الوقف - إستبدال الأعيان الموقوفة - بيان شخص المستحق الذى تؤول إليه ملكية ما إنتهى فيه الوقف تبعاً لطبقة إستحقاقه وتحديد صفته فيه .

غرض الواقف يصلح مخصصًا لعموم كلامه ، وقد نصت المادة العاشرة من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أن يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر انه أراده (٢) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١- مدنى وأحوال - ص٤٦ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/١/٢٣ - المرجع السابق - ص٣٦٣ - ونقض - جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص١٣١٢ ونقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص٩٩٥.

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٣/١٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - العدد١ - ص٣٤٥ .

إذا كانت الواقفة قد جعلت ربع وقفها جمعية - فيما عدا ما يلزم لشئون الوقف (١) - وظائف ومرتبات جارية على المذكورين فيه وقصدتهم به ، منها ما هو أجر ومنها ما هو صدقة ومنها ما هو صلة ، فإن الوقف بهذه الصورة ، لا تطبق فى شأنه أحكام المادة ٣٦ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فيما نصت عليه من أنه : « لا تزيد المرتبات عما شرطه الواقف » إذ هى لا تطبق إلا : إذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط أو شرط لغيرهم مرتبات فيها » بأن جعل للموقوف عليهم وشرط أن يصرف منها خيرات ومرتبات لغيرهم ، بل تحكمه أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - وفقه الحنفية على أنه لو جعل الواقف وقفه على جماعة سماهم وسمى لكل إنسان منهم شيئاً معلوماً فزادت الغلة ، وأعطى كل منهم ما سمى له ، وكان ما بقى بينهم على عدد الرؤوس ، ولا يصرف هذا الباقى إلى الفقراء كما لا يقسم بينهم بنسبة ما سمى منهم لأنه جمعهم فى الغلة وجعلها لهم جميعاً فى أول كلامه ثم فصل ما لكل منهم وسكت عن الباقى ، ويجعل ريعه لهم وحصره فيهم لا يصرف شىء منه للمساكين ما داموا موجودين ، ولسكوته عن بيان نصيب كل منهم فى الزيادة ، تقسم بينهم بالسوية لعدم شرط التفضيل فيها ، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف وجرى فى قضائه على أن الواقفة أرادت أن تخص المسجد والخيرات بفائض ريع الوقف بعد إستكفاء أصحاب المرتبات مرتباتهم المقررة وأن أصحاب هذه المرتبات ليس لهم سوى إستحقاقهم ولا يزاد لهم شىء ورتب على ذلك الحكم بعدم تعرضهم لوزارة الأوقاف فيما زاد عن مرتباتهم المقررة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

الحكم الصادر فى الدعوى بإعتبارها دعوى ملكية ومما تدخل فى إختصاص المحاكم المدنية أياً كان سببها فى حين أنها فى جوهرها إستحقاق فى وقف يدور النزاع فيه حول معرفة من إنحل عليه الوقف من أطراف

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - العدد ١ - ص١٦٣ .

الخصوم وهل كان بغير عوض فيصبح ما إنتهى فيه الوقف ملكاً للواقف ، أم كان بعوض فيؤول إلى مستحقيه الحاليين ، وهى بهذا الوصف مما كانت تختص المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - بالنظر فيه طبقًا للمادة ٨ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بعد تعديله بالقانون رقم ٣٩٩ لسنة ١٩٥٢ ، هذا الحكم لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه لصدوره من محكمة لا ولاية لها. وإذا إعتد الحكم المطعون فيه بهذا الحكم ورتب عليه عدم جواز نظر الدعوى المرفوعة بالإستحقاق فى الوقف لسابقة الفصل فيها ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (١) .

إن الحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف ماساً بإستحقاق مستحقين لم يمثلوا بأشخاصهم فى الخصومة لا يلزم هؤلاء المستحقين ولا يعتبر حجة عليهم (٢) .

إن المأذون بالخصومة عن الوقف - وعلى ما جرى به قضاء النقض - غير مسلط عليه ، لأن مهمته قاصرة على إتخاذ الإجراءات المأذون له فيها ، وإذ كان هذا الطعن مرفوعًا من المأذون بالخصومة الذى إقتصرت المحكمة المختصة على إذنه بالسير فى الاستئناف ، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة (٣) .

لما كانت العلاقة بين ناظر الوقف والمستحق تخضع لأحكام الوكالة ولحكم المادة ٥٠ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ التى تنص على أنه يعتبر الناظر أميناً على مال الوقف ووكيلاً عن المستحقين - والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم كما يسأل عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر وذلك بالقدر الذى يرتبط بالمسئوليتين المدنية والجنائية طالما أنه لم يثبت

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - العدد ٢- ص٧٧١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٥/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - ص٥٥٠ ، ونقض جلسة ١٩٥٩/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ١٠- ص ٢١٤.

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ٣ - ص١١٥٧ .

تقصير ناظر الوقف ، فإنه لا يصح أن يعدل عن عقود الإيجار التى أبرمها . وإذا لم يبين الحكم المطعون فيه السند القانونى لقضائه بمسئولية ناظر الوقف عن أجر المثل ولم يحقق عناصر هذه المسئولية ولم يعرض ما إذا كان يعمل بأجر أو بغير أجر وما إذا كان قد ثبت تقصيره ، فإنه يكون قد أعجز بذلك محكمة النقض عن ممارسة وظيفتها فى مراقبة صحة تطبيقه للقانون مما يتعين نقضه (١) .

من المقرر شرعًا أن المستحق فى الوقف هو كل من شرط له الواقف نصيباً فى الغلة أو سهماً أو مرتباً دائماً أو مؤقتاً . وإذا كان الثابت من الحكم القاضى بإلزام المطعون عليها بأن تدفع لمورث الطاعنين معاشاً شهرياً مدى حياته من وقت تركه الخدمة فى الوقف ، أن المورث يستحق الذى يطلبه عملاً بصريح شرط الواقف بكتاب وقفه ، فإن المعاش المحكوم به للمورث المذكور – وإن كان فى صورة مرتب شهرى معين المقدار يعتبر إستحقاقاً فى الوقف فلا يتقادم الحق فيه – إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الإستحقاق (٢) .

إذا كان ظاهر إنشاء الوقف يدل على أن الوقف مرتب الطبقات ترتيبًا إفراديًا ، فإن لازم ذلك ومقتضاه أن يكون إستحقاق الفرع بعد أصله إستحقاقاً أصلياً لا ينتزع منه ولا وجه معه لنقض القسمة (نقض – جلسة ١٩٦٦/٦/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٤٢٩) .

وطبقاً للمادة العاشرة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر أنه أراده وإن لم يوافق للقواعد اللغوية (٣) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ٢– ص٦٠٦ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٤/٤/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة١٥– العدد ١– ص٩٢ ، نقض – جلسة ١٩٦٢/٢/٧ – المرجع السابق – السنة ١٣ – العدد ٢– ص١٨٧ ، ونقض – جلسة ١٩٥٩/٤/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١٠ – العدد ١– ص٣٨٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧١/٥/١٩ – مجموعة المكتب الفننى – السنة ٢٢ – العدد٢ – ص٦٤٤ .

المختار عند الحنفية أو الأصل فى الوقف القسمة بالتسوية إذا اشترط التفاضل أو قامت قرينة تدل عليه . فإن إشترط فى طبقة ولم يشترط فى غيرها ولم تقم قرينة تدل عليه يبقى الأصل وتكون القسمة بالسوية . وإذا كان إنشاء الوقف يدل على أن الواقف شرط التفاضل بين الذكر والأنثى فى أفراد الطبقة الأولى فقط وسكت عنه بالنسبة لغيرهم من الطبقات فيرجع إلى الأصل ويقسم الريع بينهم بالسوية بين الذكر والأنثى فيما عدا الطبقة الأولى ولا يعدل عن هذا الأصل لقول الواقف فى نهاية الإنشاء : « يتداولون ذلك بينهم » أو قوله : « وعلى النص والترتيب المشروحين أعلاه » ، لأن المفهوم من إيراد الواقف هاتين العبارتين فى نهاية الإنشاء أن الواقف أراد بهما مجرد الترتيب من طبقات ، المستحقين (١) .

من المقرر فى قضاء النقض أنه إذا أذن القاضى بإستبدال الوقف ، فإن الإستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة صيغة البدل ، وذلك بغض النظر عما يكون للعقد الإبتدائى من آثار أخرى ، وتنطبق هذه القاعدة دائمًا مهما تنوعت الأسباب التى أدت إلى الحيلولة دون إيقاع صيغة البدل ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون عدم إتباعها مرده إلى صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، وخروج الأمر من إختصاص المحكمة الشرعية(٢) .

إسلام الواقف ليس شرطاً فى صحة الوقف على المسلم ، ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعة الواقف وفى الشريعة الإسلامية (٣) .

شرط الواقف بأن يتولى الناظر صرف ريع الحصة حسبما يتراءى له على الأغراض المخصصة فى حجة الوقف ، لا يفيد تمليك الناظر حق

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٥/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ٢ – ص٦٥٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧١/٥/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ٢ ص٦٨١ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – مدنى وأحوال – العدد ١ – ص٥٦٤ .

التصرف فى أصل الإستحقاق إدخالاً وإخراجاً (١) .

مؤدى نص المادة ٢ من القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، أن الشارع – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أراد أن يجعل ملكية ما إنتهى الواقف فيه للواقف إن كان حيًا ، وكان له حق الرجوع، يستوى فى ذلك أن يكون قد إحتفظ لنفسه بغلة الوقف أو جعل الإستحقاق لغيره حال حياته ، فإن لم يكن الواقف حيًا أو لم يكن له حق الرجوع آلت الملكية للمستحقين كل بقدر حصته ، وفى الوقف المرتب الطبقات تؤول الملكية إلى المستحقين الحاليين فيه وإلى ذرية من مات من ذوى الإستحقاق من طبقتهم ، وكل بقدر حصته أو حصة أصله ، وهم ذرية من دخل فى الوقف وتناول إستحقاقاً فيه ، وكان من أهل الطبقة التى إنحل عليها ثم توفى بعد الدخول وإنتقل إستحقاقه بحكم الترتيب الجملى إلى الباقين من أهل طبقته لا ذرية من توفى قبل دخوله فى الوقف وإستحقاقه لشىء فيه ولم يكن بذلك من أفراد الطبقة التى إنحل عليها الوقف ، ولا من ذوى الإستحقاق أو صاحب حصة ونصيب فيه ، وهى أوصاف وقيود قصد إليها الشارع ، ولا تصدق فى حق من توفى أصله قبل الدخول فى الوقف(٢).

مبادىء المحاكم الشرعية فى مسائل الوقف :

٢٠٧– أصدرت المحاكم الشرعية – فى مسائل الوقف – مبادىء هامة، منها :

الأرض غير المملوكة للواقف لا يصح له وقفها ، لأن شرط صحة الوقف ملك الواقف لما وقفه (٣).

للواقف أن يشترط الشروط العشرة فى وقفه لنفسه ولغيره مدة حياته وبعد مماته ، وأنه إذا شرطها لغيره ولم يشترطها لنفسه كان ذلك منه

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ – المرجع السابق – ص٥٦٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/١١/٢٢ – المرجع السابق – العدد ٣ – ص١٢٦٧ .

(٣) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٢/٢٦ – المحاماة الشرعية – السنة ١٩ – العدد ٧ ص٢٧٦ .

إشتراطاً لنفسه ، لأن غيره إنما يتصرف بمقتضى هذه الشروط بطريق الوكالة عنه فى حياته ، وبطريق النيابة عنه بعد مماته (١) .

المحكمة المختصة بسماع إشهادات التغيير فى الوقف والرجوع فيه هى هيئة التصرفات بالمحكمة الإبتدائية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة عن غيرها أخذاً من المادة ٣ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦(٢) .

المحاكم الشرعية هى المختصة بنظر دعاوى الإستحقاق ومواد القسمة بجميع أنواعها فى الأوقاف التى اعتبرت منتهية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (٣) .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يلغ الأوقاف الأهلية ولم يبطلها ، بل إن القانون المذكور إحترم رغبات الواقفين وشروطهم المدونة فى كتب أوقافهم ، وقضى بأن من يستحق نصيباً فى الريع يملك فى العين الموقوفة نصيبًا يساوى نصيبه فى الإستحقاق بموجب شرط الواقف فى كتاب وقفه(٤) .

القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ جعل فرز حصة الخيرات من إختصاص المحاكم الشرعية دون سواها ، وجعلت المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ تعيين حصة للخيرات فى الأعيان الموقوفة تفى بالمرتب المخصص للخيرات ، على أنه إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات معينة المقدار أو فى حكم المعينة ، وطلبت القسمة ، فرزت حصة تضمن غلتها فيما شرط

---

(١) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٦/١٩ – المحاماة الشرعية – السنة ١٩ – العدد٧– ص٢٦٠ .

(٢) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٢/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ١٩ – العدد٧–ص٢٨٩ .

(٣) دمنهور الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٤/٥ المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ٤ – ص٢٤٦ .

(٤) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٢/٦ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ٤ ص١٩٦ .

للخيرات بعد تقديرها طبقًا للمواد ٢٦و٢٧و٢٨ على أساس متوسط غلة الوقف(١) .

يصبح مال البدل ملكاً للمستحقين بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ويجب صرفه لمستحقيه تنفيذاً للقانون المذكور (٢) .

إذا شرط الواقف أن من مات من الموقوف عليهم قبل دخوله فى الوقف وإستحقاقه لشىء فيه وترك ولداً أو ولد ولد أو أسفل من ذلك إنتقل نصيبه إليه بعد شرطه وإستحق الفرع نصيب أصله الذى مات قبل الإستحقاق (٣) .

إذا كان الوقف مرتبًا ترتيباً إفرادياً ، كان بمثابة أوقاف متعددة ، فلا يحجب أصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما إستحقه أو كان يستحقه إلى فرعه سواء نص الواقف عل ذلك أم لا طبقًا للمادة ٢٢ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ما لم يوجد فى كتاب الوقف نص صريح يخالفها (٤) .

نصت المادة ١١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على حالات رجوع الواقف عن وقفه الأهلى والخيرى وإستثنت المساجد وما وقف عليها (٥) .

إن المرتب غير الدائم فى الوقف هو كالمرتب الدائم تماماً فى أن صاحب كل واحد منهما يعتبر مستحقاً فى الوقف بمقدار مرتبه – ذلك أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فرق بين المرتب الدائم عند القسمة ، حيث يفرز للأول ولا يفرز للثانى – وبعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ أصبح لا فرق بين المرتبين ، وصار صاحب المرتب غير الدائم مستحقاً فى الوقف ، وبهذا

---

(١) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٤/٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ٨ – ص ٣٨٠.

(٢) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/١/١٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ٤ – ص٢٦٠ .

(٣) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٦/٦ – المحاماة الشرعية – البسنة – ٢٤ العدد ٧ – ص٣٤٧ .

(٤) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٦/٢٧ – المحاماة الشرعية – السنة – ٢٤ العدد ٧ – ص٣٥٠ .

(٥) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٩/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ٧– ص٣٣٨

القانون يصبح ملكاً لمقدار ما يغل مرتبه من الأعيان الموقوفة ، فيفرز له نصيب من الوقف يفى ريعه بمرتبه غير الدائم (١) .

٣- دعاوى النسب فى غير الخيرات ، والطلاق والخلع والمباراة ، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها - وهى الدعاوى التى عقد الإختصاص بها للمحاكم الإبتدائية القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بعد أن كانت من إختصاص المحكمة الجزئية .

أولاً - دعوى النسب :

٢٠٨- نصت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أنه :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون فى شأن هذه المادة أنه لما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب (٢) مبنيًا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل، ولم يبين أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى

---

(١) العليا الشرعية ، جلسة ١٩٥٣/١٢/١٢ ، المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ العدد ٧ ، ص٣٤٠ ، وعكس ذلك : مصر الإبتدائية الشرعية جلسة ١٩٥٢/٢/٢٤ المرجع السابق السنة ٢٤ العدد ٧ ص٣٥٥ .

(٢) يراجع فى النسب : الأحوال الشخصية - للدكتور عبد العزيز عامر طبعة ١٩٦١ والأحوال الشخصية - للأستاذ محمد الحسينى حنفى - طبعة ١٩٦٥ ، والأحوال الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البرديسى ، والأحوال الشخصية مع التعمق (النسب) - لأستاذنا الجليل الشيخ بدران أبو العنين بدران - مذكرات على الآلة الناسخة - دبلوم الشريعة الإسلامية طبعة الأسكندرية عام ١٩٦٤ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام - للشيخ محمد سلام مدكور - القسم الثالث - طبعة ١٩٧٥ .

مدة الحمل كتاب ولا سنة ، فلم ترى الوزارة مانعاً من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يومًا حتى يشمل جميع الأحوال النادرة ، وبما أنه يجوز شرعاً لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والإحتيال ودعوى نسب ولد من زوج لم يتلاقى مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الإحتيال والتزوير ولذا وضع نص المادة ١٥ .

فيجوز إثبات نسب الولد لأمه ولو ولدته وهى بالغة نحو الستين من عمرها ، لجواز تأخر الإياس بالنسبة لها إلى ما بعد هذه السن (١) .

والمستخرج الرسمى بالميلاد ليس حجة فى النسب (٢) .

ولا يثبت النسب إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من سنة شمسية طبقاً للمادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . إن سكوت المطلق عن نفى النسب عند ولادة مطلقته وعدم إعتراضه على إثبات المولود رسمياً منسوباً إليه فى حكم الإقرار بالنسب فلا يعول على إنكاره النسب بعد ذلك ، لا يكفى مجرد إنكار النسب ، بل لا بد من إتخاذ إجراءات نفيه فى حينه (٣) .

إذا تزوجت معتدة الغير بأخر وأتت بولد لأقل من ستة أشهر ، فنسب الولد يثبت من الزوج الأول ، لتبين كذبها فى إقرارها بإنقضاء العدة الحاصل من إقدامها على الزواج لأن الولد كان موجوداً حين الإقرار (٤) .

يحتاط فى ثبوت النسب ويحتال فيه بقدر ما يمكن ، فيثبت بطريق الإيماء والإشارة مع القدرة على النطق .

فإذا أقدم على العقد عليها وهى حامل وقد إعترف ضمناً بذلك الحمل

---

(١) العليا الشرعية -جلسة ١٩٥٠/٥/٢٧- المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - ص٢٠١.

(٢) ميت غمر الشرعية ، جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ - المرجع السابق ، السنة ٢٢ ص٤٣٧.

(٣) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٠/١/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص١٠١ .

(٤) مركز شبين الكوم الشرعية - جلسة ١٩٨٠/٩/٩ - الأحكام الشرعية - السنة ٧ - ص١٩١ .

أنه منه كان ذلك إدعاء للولد وإعترافًا بالدخول ، فيثبت نسب الولد ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد الرسمى لأن العقد الرسمى إذ ذاك ليس إلا تصادقاً على قيام الزوجية بينهما (١) .

المنصوص عليه شرعًا أن التناقض فى النسب مغتفر إذا كان مما يخفى(٢) ، ولكنه بعد ثبوته لا ينقض (٣) .

الإقرار بالبنوة حجة فى ثبوت النسب من المقر ولو ثبت بطريق إدارى أو الولد لقيط (٤) .

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن « الولد للفراش » وقد فرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ، كما فرعوا عليه أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة ، لأن ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت السبب ، ورتبوا على ذلك أن الزنا لا يثبت نسبًا ، وإختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشًا على ثلاثة أقوال: أحدهما أنه نفس العقد وإن لم يجتمع بها بل ولو طلقها عقيبة فى المجلس . والثانى : أنه العقد مع إمكان الوطء . والثالث : أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه ، التناقض فيما هو محل خفاء ، ومنه النسب ، عفو مغتفر ولا يعتبر كذلك التناقض فى دعوى الزوجية والفراش الصحيح لأنه ليس محل خفاء (٥) .

يثبت النسب بالشك وينبنى على الإحتمالات النادرة التى يمكن

---

(١) أجا الشرعية – جلسة ١٩٢٣/٥/٢٩ – القضاء الشرعى – السنة ١ – ص٦٥٩ .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣١/٣/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٣– ص١٥٤ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٦/١/١٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٨– ص١٩٩.

(٤) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/١/٢٩ – القضاء الشرعى – السنة ٢ – ص٦٠٩.

(٥) نقض – مدنى – جلسة ١٩٦٢/١/١٧ – الطعن رقم ١٠ لسنة ٢٩ق – « أحوال شخصية » .

تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للصغير (١) .

ولا يعتد بإقرار الزوجة الثابت بإيصال قبض جزء من المهر تعترف فيه بعدم الدخول والخلوة متى قامت القرائن القاطعة على الدخول بعد العقد ، وعلى هذا إذا وضعت الزوجة ولداً ثبت نسبه من الزوج ، وحكم لها بنفقة عدة وصغير لدليل الإحتيال (٢) .

مبادىء النقض فى دعاوى النسب :

٢٠٩– دعوى النسب لا تزال باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية ويجوز إثباتها بالبينة (٣) .

وفقًا للمادة ٢٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الإستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى لأصلية » ، وإذ كانت الدعوى دعوى نسب يحدد نطاق الخصومة فيها أمام محكمة أول درجة على هذا الوضع ، ولا تتسع بطبيعتها للصلح على مال ، فإن تقديم الطاعنين محضر صلح متضمناً تقسيم التركة وطلبهم التصديق عليه ورفض المطعون عليهما ذلك لعدم إعترافهما به أو إقرارهما له وتنصلهما منه ، يمتنع به على المحكمة هذا التصديق ولا يجوز لها أن تعود وتعرض لموضوعه .

الأصل فى دعوى النسب – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن ينظر فى النسب المتنازع فيه ، فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت بإعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة ، فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر ، سواء إدعى لنفسه حقاً أم لم يدع ، ويغتفر فيها التناقض لأن مقصودها الأصلى هو النسب والنسب مما يغتفر فيه

---

(١) إستئناف المنصورة – جلسة ١٩٦١/١٢/٤ – القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٠ أحوال شخصية .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤٢/٤/٢٥ – المحاماة الشرعية – السنة ١٣– العدد ٧و ٨ و ٩و١٠ – ص٧١ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – العدد ٤– مدنى وأحوال – ص١٨١١ وما بعدها .

التناقض للخفاء الحاصل فيه ، أما لو كان مما لا يصح إقرار المدعى عليه به ولا يثبت بإعترافه وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة فلا تسمع إلا أن يدعى حقاً من إرث أو نفقة ، ويكون هو المقصود الأول فيها ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ودعوى المال يضرها التناقض ما دام باقياً لم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو بقول المتناقض : تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر (١) .

ويثبت النسب فى الشريعة الإسلامية ، بالإقرار ، وإذ عول الحكم المطعون فيه على إقرار المورث للمطعون عليهما بالنسب ، فإنه يكون صحيحاً فيما إنتهى إليه (٢) .

ومن حيث أن المقرر شرعاً أن الإقرار بالبنوة المجرد والذى ليس فيه تحميل النسب على الغير ، كأن يقول بأن هذا الولد إبنه (٣) ، يثبت به النسب ، لأنه إقرار مباشر فيه تحميل النسب على النفس (٤) ، وأن الإقرار بالبنوة حجة فى ثبوت النسب من المقر ولو ثبت بطريق إدارى أن الولد لقيط (٥) ، ويثبت النسب فى الشريعة الإسلامية بالإقرار ، وإذ عول الحكم

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٤/٤/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٥ مدنى وأحوال– ص٦٨٩ – ونقض – جلسة ١٩٧٢/٧/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص١٠٠٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – العدد ٢ ص٥٨٩ .

(٣) دمياط الإبتدائية – الدائرة الأولى للأحوال الشخصية – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣ – القضية ٦٨ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ، وجلسة ١٩٧٥/٣/٢٩ – القضية ٤٢ سنة ١٩٧٤ احوال نفس كلى .

(٤) الأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١ – ١٩٦١ – ص٩١ وما بعدها .

(٥) العليا الشرعية – جلسة ١٩٢٥/١/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢ – ص٦٠٦ وما بعدها .

المطعـون فيـه على إقـرار المورث للمطعـون عليـهمـا بالنسب ، فـإنه يكون صحيحاً فيما إنتهى إليه (١) .

من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن « الولد للفراش» ، وإختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشاً على ثلاثة أقوال : أحدها – أنه نفس العقد ولو لم يجتمع بها ، بل لو طلقها عقيبة فى المجلس ، والثانى – أنه العقد مع إمكان الوطء ، والثالث – أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه ، وقد إختار الشارع بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الرأى الثانى على ما يؤدى إليه نص المادة ١٥ منه ... وهذا يدل على أن المناط فيما تصير به الزوجة فراشًا إنما هو العقد مع العقد مجرد إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه (٢) .

إن النسب يثبت شرعاً – عند الإنكار بالبينة (٣) .

النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش وبالإقرار وبالبينة ، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى ، لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع ، والإقرار يتعلق به حق المقر له فى أن يثبت نسبه من المقر ، وينتفى به كونه من الزنا ، ولا يصدق الزوجان فى إبطاله .

إن المنصوص عليه شرعاً ، أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً ، متى كان صغيراً لم يبلغ ويبقى على إسلامه إلى البلوغ ، ويحتاج بعد البلوغ إلى تجديد إسلامه ، وإذ كان الحكم المطعون قد أقام قضاءه بإسلام المطعون عليه (مدعى الوراثة) على أنه مسلم تبعًا لإسلام أبيه أخذاً بما سلف وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يخالفه ، وأن هذا لم يثبت إذ لم تأخذ المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة والقرائن التى إستندت إليها الطاعنة فى أن المطعون عليه كان مرتداً وقت وفاة والده ، فإن هذه

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – العدد ٤– مدنى وأحوال – ص١٨١١ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٠/٢/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – العدد ١ – ص٢٩ ، ونقض – جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ٦٥٥ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ العدد ٣ – ص١١٦١ وما بعدها .

الدعامة كافية لحمل قضائها فى هذا الخصوص (١) .

إذا كان ما إستظهره الحكم لا ينبىء عن قيام زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة بين الطاعنة والمطعون عليه مما يعتبر فراش صحيحاً يثبت معه نسب الصغير إليه ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون فيما قرره من أن الولد المطلوب إثبات نسبة إبن المطعون عليه من الزنا على غير أساس (٢) .

إن المسلمة لا تتزوج إلا مسلمًا ، وزواج المسلمة بغير المسلم حرام بإتفاق ولا ينعقد أصلاً ، ولا يثبت منه النسب - وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وجرى فى قضائه على أن نكاح الذمى للمسلمة فاسد يثبت به النسب ، ورتب عليه ثبوت نسب الطفلة (...) للطاعن (الدكتور ...) ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب (٣) .

من الأصول فى فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن النسب يثبت بالفراش والزواج الصحيح وما لحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة ، ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً ، إلا أن أساس الأخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة فى زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ، لما هو مجمع عليه من أنها أقل من مدة الحمل أخذاً بقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ، وقوله تعالى « وفصاله فى عامين » ، فبإسقاط الفصال فى الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال فى الآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر ، شرع الفقهاء على ذلك أنه إذا تزوج الرجل إمرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٤/١/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ مدنى وأحوال - ص١٢٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/٦/١٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - العدد ٢ - ص٧٨٧ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٦٢/١/١٧ - المرجع السابق - السنة ١٣- العدد ١ - ص٧٢ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - العدد ٢ ص٥٨٥ وما بعدها .

من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه. والراجح فى مذهب الحنفية ، سريان هذه قاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا (١) .

أصول شرعية فى النسب :

٢٠٩ مكرر – (١) – المقرر شرعًا أن فى النسب حقوقًا أربعة : حق الله تعالى ، وحق الولد ، وحق الأم ، وحق الأب . فإذا قررت الأم بنفى نسب إبنها من أبيه الحقيقى ، لإن إقرارها هذا لا يتعدى أثره إلى إبنها ، ومن حقه أن يقيم الدعوى لإثبات نسبه ضد والده أو ورثته بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ، فإذا ما ثبت النسب ترتبت كل آثاره الشرعية .

(٢) إذا أقرت المطلقة برؤية الحيض ثلاث مرات بعد طلاقها فى مدة تحتمل ذلك وأقلها ستون يوماً ، وتزوجت بناء على هذا الإقرار ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد الثانى ولأقل من سنة من تاريخ طلاقها من الزوج الأول ، فإن المولود ينسب لمطلقها وينفسخ عقد زواجها ممن تزوجته بعده .

(٣) إقرار المطلقة بالخروج من العدة بعد أربعة أشهر من إنفصالها عن زوجها (المطلق) ، ثم ولادتها ولداً بعد خمسة أشهر من تاريخ الإقرار ، يقوم دليلاً على انها كانت مخطئة فيما أقرت به ، وأنها عمدت إلى ذلك حتى لا يتسنى لمطلقها أن يراجعها ، وأن هذا الإقرار منها بالخروج من العدة لا يتعدى أثره إلى المولود ، لأنها كانت بالفعل حاملاً وقت الإقرار وهو أمر متعين ، ومن ثم لا يكون غير مفيد إنكار نسب المولود .

(٤) لما كان المقرر بنص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقًا بائنًا إذا ولدته فى خلال سنة من تاريخ الطلاق البائن ، إستناداً إلى المقرر فى الفقه والمؤيد برأى الأطباء من أن الحمل قد يمتد لأكثر من تسعة أشهر ، وإن كانت هذه الحالة نادرة إلا أن

---

(١) نقض – جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٦٩ لسنة ٦٣ق (أحوال) – المحيط – للمستشار حسن منصور– طبعة ١٩٩٨ – ص٦٠٤ وص ٦٠٨ .

من الممكن حدوثها – لما كان ذلك ، فإن إنكار النسب فى مثل هذه الحالة سوف لا يكون مقيداً ، وسوف يكون سبباً فى حرمان الأب من ضم ولده إليه فى الوقت المستحق له فيه شرعاً ضمه .

(٥) لا يشترط لإثبات نسب الأولاد الذين جاءوا ثمرة لزواج غير موثق رسمياً أن يكون عقد الزواج العرفى موجوداً ومكتوباً ، ويكفى فى ذلك أن تثبت المعاشرة بين الزوجين من تاريخ سابق على الولادة بستة أشهر على الأقل ، والمعاشرة الزوجية تثبت بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال ، ولم يشترط فى الشهود أن يكونوا قد شهدوا عقد الزواج وإنعقاده ، فقد جرت أحكام القضاء بما أجازه الفقهاء من الإكتفاء بالشهادة السماعية على النسب والزواج .

(٦) لا تصلح شهادة الميلاد لإثبات النسب لأنها لم تعد لذلك أصلاً ، وأن حجيتها قاصرة على إثبات تاريخ الميلاد لا تتعداه كل ذلك إذا قيد المولود فى غيبة أبيه . أما إذا كان أبوه هو الذى قيده وأبلغ عن مولده كان ذلك إقراراً منه بنسبه إليه . ومع ذلك فلابد للأم من رفع دعوى شرعية بإثبات النسب.

(٧) إذا كان الثابت من مطالعة المستندات المقدمة فى الدعوى أن المدعية تزوجت من والد طفليها مسيحياً وأنه أقر بإسلامه فى إبلاغه بمولودهما وقيده لهما وأنه وإياهما مسلمون ، وأنه أقر بما قدم لإلحاقهما بالمدرسة ما يؤكد ذلك ، وأن شهود عقد الزواج العرفى المقدم قد شهدوا بأنه نطق بالشهادتين وأعلن إسلامه قبل زواجه بالمدعية ، المسلمة وأثناء إنعقاد الزواج العرفى ، وأنه مات على دين الإسلام ، فإن فى ذلك ما يكفى لإثبات إسلامه ومعاشرته لزوجته المدعية ورزقه بولديه منها على فراش زوجيته بها . أما حقوق المدعية فالدعوى بها غير مسموعة طبقاً للمادة ٩٩ من اللائحة الشرعية .

(٨) إذ كان الثابت أن المدعية كانت تتقاضى معاشاً عن زوج سابق أرادت الا ينقطع بزواج جديد ، فآثرت إخفاء الزواج الثانى والإكتفاء بأن يكون بعقد عرفى ، وحرصت على إخفاء واقعة ميلاد إبنتها ، ثم إضطرت إلى إقامة هذه الدعوى بطلب ثبوت نسب الصغيرة إلى أبيها المدعى عليه ، وكان الثابت أن المدعى عليه مثل بإحدى الجلسات وأقر بزواجه من المدعية بعقد عرفى

سابق على ميلاد الصغيرة بعام ، وأن عقد الزواج لم يوقع عليه إلا بشهادة محرره ، وكان المقرر شرعاً أن عقد الزواج الذى لا يحضره شاهدان يعتبر فاسداً لفقدان شرط الشهادة عليه وهو شرط لصحته ، ولكنه مع ذلك يثبت به النسب ، لما هو متفق عليه شرعًا من أن النسب يثبت بالنكاح الفاسد إحتياطاً رعاية للمولود .

(٩) إذا كان الثابت من الأوراق أن المدعى عليه أقر ببنوة ولده من المدعية بقيده بنفسه له بإسمه ، فإنه غير مقبول ممن أقر بالنسب صراحة أو دلالة أن يعود إلى نفى نسبه .

(١٠) إذا كان الثابت من مطالعة الأوراق أن والد الصغيرة (شقيق المدعى عليهم) كان يعانى من مرض السرطان وهو مرض موت ، وأنه قبل وفاته بأشهر طلب إلى أخوته إحضار موثق من الشهر العقارى ليقرر أمامه رسميًا بأمر لم يفصح عنه إلا أمام الموثق ، وقرر أمامه بأنه أب لطفلة تبلغ من العمر خمس سنوات رزق بها من سيدة معروفة لهم هى المدعية من زواج عرفى ، وأن أمها طلبت بدعواها ثبوت نسب الطفلة إلى أبيها – فإن الإقرار بالبنوة وإن كان فى مرض الموت يثبت به النسب إذا كان المقر له مجهول النسب ، وأن يكون المقر له ممن يولد لمثل المقر ، وألا يكذب المقر له المقر إذا كان بالغاً ، فإن كان صغيراً فلا حاجة إلى تصديقه .

(١١) تحليل الدم لا يعتبر وسيلة من وسائل إثبات النسب ، إذ ليس بلازم أن تكون فصيلة دم الولد من نوع فصيلة دم أبيه ، فقد تتحد فصيلة الدم بين شخصين ليس بينهما قرابة بينما قد تختلف بين الإبن وأبيه .

(١٢) إذا كان قد أقيم إستئناف من الأم عن حكم قضى برفض ثبوت نسب إبنها بعد الميعاد ، وصار الحكم نهائياً ، فإن المقرر أن فى النسب حقوقاً أربعة : حق الله تعالى ، وحق الأم ، وحق الصغير ، وحق أبيه ، فإذا تراخت الأم فى إثبات حقها فإن ذلك لا يتعدى أثره إلى حق إبنها ولا يضار به ، فللصغير عند بلوغ حد المخاصمة (إثنى عشر عامًا) ولأقارب الزوجة أن يرفعوا الدعوى بثبوت نسبه إلى أبيه . ولا يحق للخصم أن يدفع الدعوى الجديدة بعدم سماعها شرعاً لسابقة الفصل فيها لإختلاف الخصوم .

أحكام نفى نسب الصغير فى الأصول الشرعية :

٢٠٩ – مكرر (١) – من المقرر فى الأصول الشرعية أنه يشترط لنفى نسب الولد أن يكون الولد حيًا ، وذلك على خلاف بين المذاهب الشرعية ، فعند الحنفية ، يشترط أن يكون الولد حياً ، ولا يعتبر ذلك شرطاً عند باقى الأئمة، تأسيسًا على أنه بالموت قد إنتهى وإستغنى عن النفى ، فلا يمكن نفى الميت ، ولأن النفى حكم على الولد ، والميت لا يحكم عليه إذا لم يحضر له خصم ، ولا يتصور خصم عن الميت هنا (١) – وبالبناء على ما تقدم ، وقد ثبت وفاة الصغير المطلوب نفى نسبه ، فإن الدعوى تكون غير مسموعة شرعًا ، خاصة وأن دعوى التفريق للملاعنة لم ترفع بعد وقبل الوفاة ، وذلك أخذاً بالمذهب الحنفى الواجب التطبيق فى بلادنا بنص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، ومن ثم يتعين بعدم سماع الدعوى (٢) .

وقد نص الفقهاء على الفراش الذى يثبت به النسب على أربع مراتب .

ضعيف –وهو فراش الأمة ، ولا يثبت النسب به إلا بدعوى .

ومتوسط – وهو فراش أم الولد ، فإنه يثبت فيه بلا دعوى ، ولكنه ينتفى بالنفى .

وقوى – وهو فراش المنكوحة ، ومعتدة الرجعى ، فإنه لا ينتفى إلا باللعان .

---

(١) يراجع فى مختلف المذاهب فى نفى نسب الصغير الميت : الفتاوى الهندية – للشيخ نظام جزء ٢ – ص١٥٠ وفتح القدير للعلامة كمال بن الهمام – جزء ٣ – ص٢٦٢ ، وحكم محكمة الضواحي ، المؤيد إستئنافيًا ، فى ١٩٣٨/١٢/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٠ – العدد ٣ – رقم ٦٨ – ص٢٦٠ .

(٢) دمياط الكلية – جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٩ – القضية ٤١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى – وورد فى الأصول الشرعية أن سيدنا عمر بن الخطاب أمر برجم إمرأة مجنونة لأنها وضعت لستة أشهر ، فرد عليه على بن ابى طالب : (إن الله يقول : وحمله وفصاله ثلاثون شهرا كما قال سبحانه وتعالى : « الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين» فيؤخذ منهما معاً أن اقل الحمل ستة أشهر ، وإن الله رفع الظلم عن المجنون) ، فكان عمر يقول : لولا على لهلك عمر ، ودمياط الكلية الشرعية – جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ – القضية ٥٢ سنة ١٩٧٤ احوال نفس كلى دمياط .

وأقوى – كفراش معتدة البائن . فإن الولد لا ينفى فيه أصلاً ، لأنه متوقف على اللعان (١) ، وشرط اللعان الزوجية .

الأصول الشرعية فى الملاعنة :

٢٠٩ مكرر (٢) – اللعان فى اللغة مصدر لاعن ، يلاعن ، ملاعنة ، وهو من اللعن ، وهو الطرد والإبعاد .

وهو فى الأصول الشرعية ملاعنة تجرى بين الزوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج ، وبالغضب القائم مقام حد الزنى بالنسبة للزوجة (٢) ،

وأساس اللعان قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

وقد لاعن النبى ﷺ بين هلال بن أمية وامرأته لما قذفها بشريك من السحماء .

---

(١) واللعان شرعاً ملاعنة تجرى بين الزوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج ، وبالغضب القائم مقام حد الزنى بالنسبة للزوجة – الأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – طبعة ١٩٦١ – ص١١٦ ، والمراجع العديدة التى أشار إليها) .

(٢) يراجع فى اللعان : تنوير الأبصار والدر وابن عابدين – جزء ٢ – ص٨٠٥ وما بعدها ، فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدى جلبى – جزء ٣ – ص٢٤٧ ، وشرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية – للشيخ محمد زيد الإبيانى – جزء ٣ – ص٥ ، والأحوال الشخصية – للدكتور عبد العزيز عامر – ص١١٦ ، والأحوال الشخصية طبعة ١٩٦٥ – للشيخ محمد زكريا البرديسى – ص٤٢٩ ، والوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام – للشيخ محمد سلام مدكور – ص٤٤٠ ، والتعزير فى الشريعة الإسلامية – رسالة دكتوراه – للدكتور عبد العزيز عامر ، والتشريع الجنائى الإسلامى – للأستاذ عبد القادر عودة .

وعند الحنفية أن وجه قيام الشهادات من الجانبين مقام الحدين ، أنه بالتلاعن يسقط عنه حد القذف ، ويسقط عنها حد الزنى ، لأن الإستشهاد بالله مهلك مع الكذب مثل الحد ، بل أشد منه .

أما الشافعي – فقد قال إن اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات .

وهو الظاهر من قول مالك وأحمد بن حنبل .

وعن مالك وأحمد بن حنبل رواية أخرى كقول الحنفية .

وقال إبن القيم إن الصحيح أن لعانهم يجمع الوصفين : اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ، ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار ، لإقتضاء الحال تأكيد الأمر .

ويشترط فى اللعان – عند الحنفية – شروط أهمها أن يكون الطرفان زوجين ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير أخرسين – وغير محدودين فى قذف ، وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً ، سواء دخل بها أو لم يدخل .

كما يشترط أن يكون القذف بصريح الزنى (كنفى نسب الولد لأن معناه أن الزوجة حملت من الزنى ، وكأن يقول لها : يا زانية ، أو انت زنيت ، أو رأيتك تزنين ، أو أن هذا الولد ليس منى) .

ويشترط أيضًا أن يكون القذف فى دار الإسلام ، فإن كان فى دار الحرب فلا يقام حد القذف ، وبالتالى لا يجرى اللعان ، لأنه ولاية لسلطان المسلمين فى دار الحرب .

ومن شروط اللعان ، أيضًا أن تطالبه الزوجة بموجب القذف وهو حد القذف ان أكذب نفسه ، وباللعان إن أصر على موقفه ، والطلب من حقها إذا كان قد رماها بالزنى ، ويكون حقه أيضاً إذا كان ينفى الولد ، لأنه محتاج إلى نفى من ليس ولده عنه .

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش ، وفى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج ، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقًا أو

بالغًا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة ، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما – أن يكون نفيه وقت الولادة . وثانيهما – أن يلاعن إمرأته ، فإذا تم اللعان بينهما مستوفيًا لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه . والأصل فى النسب الإحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الإحتمالات التى يمكن تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد(١).

واللعان واجب متى طلب وليس اختياراً ، فإن أبى الزوج أو أبت الزوجة، أجبر كل منهما على الملاعنة ، وحبس حتى يلاعن أو يكذب الزوج نفسه ، فيحد حد القذف ، أو حتى تصدقه الزوجة فيندفع بذلك اللعان ولا تحد حد الزنى .

وإذا تم اللعان بين الزوجين بأن حلف الرجل وحلفت المرأة على الوجه الذى تقدم ، ترتبت الأحكام التالية :

حرمة إستمتاع كل من الزوجين بالآخر بمجرد إتمام الملاعنة قبل تفريق القاضى ..

والتفريق – عند الحنفية – لا يتم إلا بحكم القاضى ، بحيث لو تم اللعان ولم يفرق القاضى بينهما ، اعتبرت الزوجية قائمة فى بعض الأحكام كالميراث ووقوع الطلاق ، فلو مات أحد الزوجين المتلاعنين قبل أن يفرق القاضى بينهما ، ورثه الآخر ، وإذا طلق الزوج زوجته بعد تمام اللعان قبل تفريق القاضى ، وقع الطلاق ، وإذا كذب الزوج نفسه بعد تمام الملاعنة قبل تفريق القاضى ، فإن زوجته تحل له من غير عقد جديد .

وإذا فرق القاضى بين المتلاعنين وقع هذا التفريق طلاقًا بائنًا عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يحل للزوج أن يعاود سيرته الأولى مع زوجته إلا إذا كذب نفسه أو صدقته الزوجة أو كان منه أو من الزوجة ما يزيل أهلية الشهادة ، فإن كان الأول أو الثانى حلت المرأة لزوجها ، وإحتسب الطلاق البائن من الطلقات التى يملكها الرجل .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٩٧/١/٢٧ – الطعن ٤٧ لسنة ٦٣ق (أحوال) – المحيط – للمستشار حسن منصور – طبعة ١٩٩٨ – ص٥٩٦ .

والتفريق بين المتلاعنين يقع طلاقًا بائنًا ، لأن سبب الفرقة من جانب الرجل ، ولا تتصور أن تكون من جانب المرأة ، وكل فرقة من هذا اللون هى طلاق لا فسخ .

أما الأئمة الثلاثة(مالك وإبن حنبل والشافعى) ومعهم زفر وأبو يوسف والحسن بن زياد فيرون أنها فرقة بغير طلاق ، توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع ، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى حياتهما الزوجية بعدها أبداً ، حتى لو كذب الزوج نفسه أو صدقته الزوجة فيما رماها به ، أو خرج الزوج عن أهلية الشهادة ، وذلك لقوله ﷺ « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » ، ولأن اللعان قد وجد وهذا هو السبب فى التفريق ، وتكذيب الزوج نفسه أو تصديق الزوجة له لا ينفى وجود السبب ، وإذا وجد السبب وجد المسبب وهو الحكم .

وإذا كان اللعان بنفى الولد ، ينفى القاضى نسب الولد ، ويلحقه بأمه ، لأن المقصود بهذا اللعان نفى الولد .

وقد نفى النبى ﷺ ولد إمرأة هلال وألحقه بأمه .

ويثبت نفى الولد ضمناً للقضاء بالتفريق .

وفصائل الدم أربعة ، ويصح أن يكون إثنان دمهما من فصيلة واحدة ولا ينتسب أحدهما للآخر – وقد قرر الأطباء الشرعيون أنهما لو كانا من فصيلة واحدة ، فإن ذلك لا يفيد القطع بإنتساب أحدهما للآخر ، ولو كانا من فصيلتين مختلفتين ، فإن ذلك يقطع بأنهما لا ينتسب أحدهما للآخر ، فتشابه فصائل الدم غير قطعى فى الدلالة وتحليل الدم شبهة تحتاج إلى دليل بصحة الفراش .

عدم الإعتراف بالبنوة لا يفيد ما دام الفراش قائماً والمدة تحتمل الحمل والوضع (١) .

والإقرار ببنوة الولد فى معاشرة غير صحيحة لا تثبت به البنوة إلا لمن

---

(١) مصر الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٤/١٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ١و٢ – ص٧٨ .

كان زوجًا لأمه وقت الحمل به وولادته لأن الولد للفراش ، ولأن النهى عن سماع دعوى نسب ولد زوجة أتت به بعد سنة من غياب الزوج عنها عند الإنكار الذى تقضى به المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا يفيد حكمًا بنفى النسب عن الزوج أو ثبوته من شخص آخر خلاف الزوج وإن كان قد منع القضاة من سماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والإحتيال(١).

الشبهة فى العقد يثبت بها النسب ويسقط الحد ، فلو عقد على مطلقته طلاقًا مكملاً للثلاث قبل أن تنكح زوجًا ودخل بها وأتت منه بولد ، ثبت نسبه منه (٢) .

المستخرج الرسمى بالميلاد ليس حجة إلا فى القيد بالتاريخ الثابت به ، والولد للفراش ، فمتى ثبتت الزوجية والطلاق وجاء بالولد لأقل من سنة من تاريخ الطلاق ، كان الولد ثابت النسب لصاحب الفراش (٣) .

أساس الأخذ بقاعدة (الولد للفراش) ولادة الزوجة أو المطلقة له ثبوت إمكان العلوق به من الزوج فى زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج ولا يزيد على سنة من تاريخ الطلاق (٤) .

لا يثبت النسب إلا إذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من سنة شمسية طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . سكوت المطلق عن نفى النسب عن ولادة مطلقته وعدم إعتراضه على إثبات المولود رسميًا منسوباً إليه فى حكم الإقرار بالنسب بعد ذلك لا يكفى مجرد إنكار النسب، بل لابد من إتخاذ إجراءات نفيه فى حينه (٥) .

---

(١) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٩/٢٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٩و ١٠ – ص٥٠٢ .

(٢) اللبان الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٥/٧ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ١و٢– ص٨٤ .

(٣) ميت غمر الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٨و٩ – ص٤٣٧ .

(٤) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٤/١ – المرجع السابق – السنة ٢٣– العدد ٨و٩ – ص٣٨١ .

(٥) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٠/١/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١و٢ – ص١٠١ .

جاء فى (الفتاوى الهندية – جزء ١ – ص٤٨١) ما نصه : « لو زنا بإمرأة فحملت ، ثم تزوجها ، فولدت ، إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا ، ثبت نسبه ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه إلا أن يدعيه ولم يقل أنه من الزنا ، أما إن قال من الزنا فلا يثبت نسبه منه ولا يرث فيه[1] .

وقد قضى [2] بأن مؤدى نص الماة ٣٣٤ من الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية أن يشترط لإجراء الملاعنة علاوة على قيام الزوجية أن يأتى المولود لتمام ستة أشهر فى القليل من تاريخ عقد النكاح .

الأصول الشرعية فى المرتد :

٢١٠– تصورت الأصول الشرعية أنه بعد أن يسلم الزوج الذمى أو الزوجة الذمية أو هما معاً ، أن يرتد [3] عن الدين الإسلامى ، فوضعت لذلك أحكامًا ، يعنينا منها فى هذا المقام ما تعلق منها بالولاية على النفس ، فإن إرتد الزوج وقعت الفرقة بينه وبين زوجته فى الحال بلا توقف على قضاء القاضى ، لأن الردة تمنع النكاح إبتداء ، فكذا تمنعه بقاء ، بمعنى أن المرتد ليس له أن يتزوج ولو كانت من يريد تزوجها متدينة بغير دين الإسلام . وحكم إرتداد الزوجة كحكم إرتداد الزوج ، لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما ، وما إنتقلا إليه لا يقران عليه – والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق، سواء أكانت الردة من جانب الزوج أو الزوجة .

ولقد لخص المرحوم محمد قدرى باشا فى كتابه (مرشد الحيران)

---

(١) الوايلى الشرعية – جلسة ١٩٥٥/٣/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٧و٨ – ص٤٦٠ .

(٢) إستئناف المنصورة – جلسة ١٩٦٢/٢/٣ – المجموعة الرسمية – السنة ٦٠ – العدد ٢ – ص٦٥٢ .

(٣) يراجع فى احكام المرتد : شرح الأحكام الشرعية – للشيخ محمد زيد الإبيانى – جزء ١ – طبعة ٧ – ١٩١١ – ص٤٢١ وما بعدها ، وفتاوى شرعية – للشيخ محمد مخلوف – جزء ٢ – طبعة ٢ – ١٩٦٥ ، ص١١ وما بعدها ، والمحاماة الشرعية ، وبحث : تغيير الطائفة أو الملة – للدكتور عبد الناصر توفيق العطار – الجزء ٧ – المحاماة – السنة ٤٨ – العدد ٧ – ص٢٥ وما بعدها .

أحكام الردة فى المواد ٣٠٣و ٣٠٤ و ٣٠٥ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣٠٩ فيما يلى:

إذا إرتد أحد الزوجين عن الإسلام إنفسخ النكاح ووقعت الفرقة بينهما فى الحال بلا توقف على القضاء وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق .

الحرمة بالردة ترتفع بإرتفاع السبب الذى أحدثها ، فإذا جدد المرتد إسلامه جاز له أن يجدد النكاح والمرأة فى العدة أو بعدها من غير محلل وتجبر المرأة على الإسلام وتجديد النكاح بمهر يسير ما لم يكن طلقها ثلاثاً وهى فى العدة وهى بديار الإسلام ، ففى هذه الصور ، تحرم عليه حرمة مغياه بنكاح زوج أخر .

إذا إرتد الزوجان معًا أو على التعاقب ولم يعلم الأسبق منهما ثم أسلما كذلك ، يبقى النكاح قائماً بينهما . وإنما يفسد إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

إذا وقعت الردة بعد الدخول بالمرأة حقيقة أو حكماً فلها كامل مهرها سواء وقعت الردة منها أو من زوجها .

إذا وقعت الردة قبل الدخول ، فإن كانت من قبل الزوج فلها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن مهر مسمى ، وإن كانت من قبلها فلا شىء لها من المهر ولا من المتعة .

إذا مات المرتد فى عدة المرأة المسلمة فإنها ترثه ، سواء إرتد فى حال صحته أو فى مرض موته ، لأنه يعتبر قادراً (١) .

فالرجل المسلم الذى يسعى إلى تنصير بناته المسلمات تبعاً لدين أمهن الذمية فى مرتبة فوق مرتبة من إستخف بالشرع ومرتبة من فضل النصرانية على اليهودية والمجوسية فى النظر الفقهى لأنه قلب دينه ودين أولاده وإختار المسيحية لهن بدلاً من الإسلام فهو مرتد يجب قتله وغير

---

(١) مصر الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤٨/٤/١٦ – المحاماة الشرعية – السنة ١٩ – ص٣١٨ ، وفتح القدير والهداية والعناية – جزء ٤ – ص٣٨٢ ، وجزء ٤ – ص٣٩٢، وجزء ٣ – ص١٥١ .

أمين على أولاده ومفسد يجب نزع أولاده منه وسلب ولاية حفظه عنه (١) .

ومن نشأ مسيحيًا ثم أسلم ثم إرتد عن دين الإسلام ثم إدعى الإسلام بعد ذلك أمام القضاء ليضم أولاده لا يصدق فى دعواه (٢) .

ومن قرر بعد إسلامه أنه على غير دين الإسلام كان مرتداً شرعًا ، لأنه خرج على الدين وأصبح خطراً على النظام العام ، فينزع منه أولاده إن كانوا معه وإذا طلب ضم أولاده إليه لا يجاب إلى طلبه (٣) .

ولا يفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان فى كفره إختلاف ولو رواية ضعيفة ، ولا تمنع لردة الزوجة المسلمة حقها فى الإرث ، بل هى مقتضية للإرث شرعًا . وأن المسلم إذا أوقف وقفًا ثم إرتد بطل وقفه (٤) .

والتوبة – من الردة – لا تتم فى الشريعة الإسلامية إلا بأمور أولها الإعتراف بالذنب والإقلاع عنه والرجوع إلى الله فى طلب العفو والتلوم على الفعلة والدأب على الإستغفار وعدم العود لمثلها والتبرؤ مما صار به مرتداً وعلى غير دين الإسلام . إن قول المرتد (اللهم إنى كنت فعلت كذا ، فإنى تائب) ، ليس توبة بالمعنى الصحيح بإصراره على الخطيئة وإنكاره للذنب ، ذلك أن التوبة التى يقصد بها إلى جر مغنم أو دفع مغرم أو حوار قضائى لا تكون توبة ويبقى المرتد على ردته وعصيانه . إن إستتابة المرتدين محل خلاف بين الأئمة جميعاً ، والفتوى على أنها ثلاثاً ليتوب ، وإلا دق عنقه (٥).

---

(١) شبرا الشرعية – جلسة ١٩٤٠/٥/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٨– ص٢٣٨ .

(٢) شبرا الشرعية – جلسة ١٩٤٠/٥/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١١ – العدد ٨ – ص١٢٨ .

(٣) أبو تيج الشرعية – جلسة ١٩٤٦/٥/١٣ – والمحاماة الشرعية ، السنة ١٧ ، العدد ٨ ، ص٤٢٩ .

(٤) العليا الشرعية – جلسة – ١٩٤٦/٦/١٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٨– ص١٠٥ .

(٥) العطارين الشرعية – جلسة ١٩٥٠/٥/١٥ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢١ ، العدد ٩، ص٥٢٥ .

الرجل والمرأة فى أحكام الميراث سواء ، فلا ترث المرتدة أخاها المسلم متى ثبت بقاؤها على ردتها ، ولا يوثر فى ذلك إعتراف الوارث لها بالميراث فى محضر الحانوتى إذا لم يعترف بعودتها إلى الإسلام (١) .

إن المسلم إذا خرج عن إسلامه كان مرتداً ، تجرى عليه أحكام المرتدين ولا يقر على دين سواه ، إن غير المسلم لا يرث مسلمًا ولا مرتداً ، وإن مناط الإسلام الإعتقاد الظاهرى (٢) .

هل يعد البهائى مرتداً ؟

٢١٠ مكرر – تجدر الإشارة إلى نبذة عن مذهب البهائية ليتبين منها ما إذا كان معتنقه مرتداً عن الدين الإسلامى أم لا ، فيؤخذ عن كثير من كتبهم التى شرحت قواعد مذهبهم ودعت إليه أنهم حولوا القبلة وجعلوها شطر عكاء الذى جعله الله مكان الملأ الأعلى ، ويصلون الصلاة تسع ركعات ، وجعلوها على الميت ست تكبيرات ، وأبطلوا التيمم ، وإن لم يجد الماء يذكر إسم الله الأطهر خمس مرات ثم يشرع فى الصلاة ، وأبطلوا جميع الحدود الواردة فى القرآن ، وأبطلوا صلاة الجماعة ، وأبطلوا الحج إلى مكة وأوجبوه إلى عكا وعلى الرجال دون النساء ، وحرموا الزواج بأكثر من إثنين ، وجعلوا الصيام تسعة عشر يوماً من ٢ مارس إلى ٢٠ منه وهو آخر فصل الشتاء ، وجعلوا عيد الغير لهم عيداً ، والصوم من شروق الشمس إلى غروبها ، وجعلوا عقاب الزانى والزانية دية لا حداً ولا رجمًا ، وعقاب السارق الفقر ، وإن عاد إلى السرقة فعقابه الحبس ، وإن عاد جعلت عليه علامة يعرف بها أنه سارق . هذا بعض ما جاء بكتبهم ، ولا ريب إن إعتقاد جزئية واحدة من هذه الجزئيات كاف فى ردة المسلم ، وأنه مارق عن الدين الإسلامى فتطبق أحكام المرتد عليه .

أما بيان حكم ملكية البهائى ، فقد نص الفقهاء على أنه يزول ملك

---

(١) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٠/٥/٢٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٢ ، العدد ٣ ، ص١٩٥ .

(٢) الزقازيق الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٩/٢٨ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٢ ، العدد ٤ ، ص ٢٧٠ .

المرتد عن ماله زوالاً موقوتاً وإن تاب وعاد إلى الإسلام عاد إليه ملكه ، وإن مات أو قتل على ردته ، فماله الذى كسبه حال إسلامه فلوارثه المسلم ، وأما ماله الذى كسبه بعد ردته فهو تبرع لا يورث ويكون لبيت المال (١) .

ردة الرجل فرقة بغير طلاق (فسخ) فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد فرقة بطلان ، وهى بالإجماع تحصل بنفس الردة فتثبت فى الحال وتقع بغير قضاء القاضى سواء أكانت الزوجة مسلمة أو كتابية ، فإن كانت الردة بعد الدخول فللزوجة المهر والنفقة إلى وقوع الفرقة ونفقة العدة ما دامت فيها (٢) .

الردة – وهى الرجوع عن دين الإسلام – من موانع الإرث ، وإجماع الفقهاء على أن المرتد لا يرث من مسلم ولا من غير مسلم ولا من مرتد مثله ، ولا يغير من هذا النظر خلو قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من النص على حكم إرث المرتد من غيره وارث غيره منه ، إذ أن هذا القانون لم يتضمن جميع المسائل المتعلقة بالمواريث ، بل أحال فيما لم ينص عليه منها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وهو ما لا يجوز معه القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم فى هذه المسائل ، ومنها إرث المرتد من غيره ، إنما أراد به الشارع أن يخالف نصاً فى القرآن أو السنة الصحيحة أو حكماً إتفق عليه فقهاء المسلمين (٣) .

---

(١) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٦/٣٠ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٥، العدد ٤ ، ص٢٤١ ، ومحافظة سيناء ، جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤ ، المرجع السابق السنة ١٦ ، العدد ٣، ص٧٧ ، ويراجع حكم المحكمة العليا الصادر بجلسة ١٩٧٥/٣/١ فى القضية رقم ٧ لسنة ٢ القضائية (دستورية) برفض الدعوى بعدم دستورية القرار بالقانون ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ بحل المحافل البهائية وتجريم مخالفة أحكامه .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٨/٥/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٩ ، مدنى وأحوال، ص١٠٣٤ وما بعدها .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/١/١٩ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، مدنى وأحوال ، ص١٧٤ وما بعدها .

ثانيًا - دعوى الطلاق والخلع والمبارأة:

٢١٠ مكرر (١) - للطلاق أقسام متعددة ، نخص منها بالبحث هنا الأقسام التى لها صلة بالحياة العملية ، وهى :

الطلاق المنجز ، والمضاف ، والمعلق ، والطلاق البائن والمكمل للثلاث ، والرجعى .

ويعنينا هنا أيضًا - بعد أن نبين أنواع الطلاق (أقسامه) وأحكام كل نوع فى إيجاز واف - وأن نخص بتفصيل الطلاق الرجعى وأحكامه وآثاره ، لما له من أهمية عملية بالغة ، ثم نتكلم بعد ذلك فى العدة .

طبيعة الطلاق وضرورته :

٢١١- الزواج ضرورة إجتماعية لبقاء النوع الإنسانى ، وبه تتكون الأسر والعشائر والشعوب وليتعارف بعضهم ببعض .

إن الطلاق وإن كان أبغض الحلال عند الله ضرورة إجتماعية أيضًا لما قد يطرأ على رابطة الزواج مما يهدد كيانها ويفقدها أسمى معانيها ، وإنما جعل بيد الرجل ، لأن المرأة قصيرة النظر سريعة الإنفعال والتأثر ، فهى تخضع لعواطفها غالبًا دون عقلها ، وهذا هو الأعم الأغلب فى النساء ، والأحكام إنما تبنى غالباً على مظانها الكلية دون الجزئيات (١) ، فلا يقضى بإثبات إسناد الطلاق إلى زمن ماض بتصادق المتداعين عليه، بل يحكم بوقوع الطلاق مستنداً إلى وقت الإقرار به وهو يوم الحكم (٢) .

ولا يقع طلاق المكره والسكران ، عملاً بنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المأخوذ من مذاهب الشافعية والمالكية والحنابلة وكثير من الصحابة .

---

(1) - The religion of Islam by Ahmed A. Galwash,1940

- La Repudiation dans le droit positif de l'Islam, thèse, pour Doc . Moustafa El Rafi. Paris,1950.

- Étude de Droit Musulman Algerien, Alger, par Marcel Morand,1970.

(٢) الأقصر الشرعية - جلسة ١٩٣٤/٣/١٨ ، المحاماة الشرعية ، ٢٧٤ ، السنة ٦ ، ص٩٧٩ .

وكمـا يكون الإكراه مادياً (كـالتهـديد بالقـتل أو إتلاف عضـو من أعـضاء الجسم) ، فإنه يكون أدبياً (كـالتهديد بنشر فضيحـة أو بفضـح سـر) وتقدير إعتبار المطلق مكرهاً متروك لتقدير المحكمة .

أما بالنسـبة لطلاق الغاضب ، فإن علـماء الشريعة الإسـلامية يقسـمون الغـضب إلى ثلاثة أنـواع : النوع الأول – هـو أن يحـصل للإنسـان مـبـادىء الغضب . بحيث لا يتغير عقله ، ويكون مسيطراً على أقواله وأفعاله – وهـذا النوع يقع الطلاق فيه .

أمـا النـوع الثـانى – فـهـو أن يبلغ بالإنسـان الغـضـب نهـايتـه ، فـيفـقـد سيطرته على نفسـه ، فلا يدرى بما يقول أو يفعل ، وفى هـذه الـحالة يعـتبر كالمجنون لا يقع طلاقه .

أمـا النوع الثـالـث – فـيكون الـغـضب وسـطاً بين الـحـالـتين السـابقـتين – وقد إخـتلف فقهاء الشـريعة الإسـلامـية فيـمن كانت تلك حالتـه ، فمنهـم من يقـول بوقوع طلاقـه ، ومنهم من يرى عدم وقـوع طلاقه . ولما كـان المذهـب الرسـمى فى جـمـهـورية مـصـر هـو المذهب الـحنفى ، فـإنه من المتـعين إتبـاع الراجح فى هذا المذهـب ، والراجح فيـه هـو أن الـغاضـب الذى يخرجـه غـضبـه عن طبـيـعـتـه وعاداته ، بحـيث يغلب الـهـذيان على أقـواله وأفـعـاله ، لا يقع طلاقـه، وإن كان يعلم مـا يقول ويقـصد ، لأنه يكـون كـالمجنون ، والمجنون لا يلزم أن يكون دائماً فى حالة يدرى معها ما يقول ويفعل (١) .

حكم النشوز لا يمنع من التطليق :

المقـرر شـرعـًا أن الـحكم بالنشـوز لا يمـنع الزوجـة من طلب الـتطليق إذا توافرت أسـبابه . وقـد تواترت أحكام المحاكم على انه إذا طال أمـد النزاع بين الزوجين وإستحكم الـخلاف بينهمـا ، وترددت الدعاوى العديدة التى أقاماها، فـإن ذلك يشكل إضراراً بالـزوجـة ، ويكشف عن أن الـعـلاقة الـزوجيـة بينهمـا

---

(١) الوجيز لأحكام الأسر فى الإسلام – للشيخ مـحمد سلام المدكور – طبعة ١٩٧٥ – ص٢٤٦ ، والأحوال الشخصية – للشيخ مـحمد زكريا البرديسى – طبعة ١٩٦٥ – ص٣٤٥ .

قد أصابها خلل وتصدع لا سبيل لإصلاحه ، وأن من الخير لهما فى أن يتفرقا .

المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق:

٢١٢- ومما تجدر الإشارة إليه أن الإختصاص بنظر دعوى الطلاق (١) والفرقة بجميع أسبابها الشرعية والخلع والمباراة كان منعقداً للمحكمة الجزئية (الشرعية) قبل عام ١٩٤٤ ، وكان حكمها فى هذه الدعاوى قابلاً للإستئناف دائماً عملاً بالمادة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، حيث تقول فى فقرتها الأولى : « تختص المحاكم المذكورة بالحكم الإبتدائى فى المتازعات فى المواد الآتية...» .

فلما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية نص صراحة فى المادة ٨ منه على أن تختص المحكمة الإبتدائية دائمًا بدعاوى الطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها .

ولقد وردت أحكام الطلاق فى كل من اللائحة الشرعية ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول بأحكامهما واللذين لم يلغهما القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م١٣) .

الطلاق لا يطعن عليه بالصورة ولا يوصف بها ، لأن المنصوص عليه شرعاً أن هزله جد (٢) .

إذا طلق المسيحى زوجته المسيحية وجبت لها النفقة ما دامت فى العدة وليس فى ذلك خلاف بين الإمام وصاحبيه - إن مغزى قول أبى حنيفة أن مطلقة الذمى تبين لا إلى عدة ، هو أن يجوز للمسلم أو الذمى أن يتزوجها

---

(١) يراجع فى الطلاق : نظام الطلاق فى الإسلام ، للشيخ أحمد محمد شاكر ، المحاماة الشرعية ، السنة ٨ ، العدد ١و٢و٣ ، ص١٠ وما بعدها ، ومشروع قانون تنفيذ الطلاق ، للشيخ محمد أبو زهرة ، مجلة القانون والإقتصاد ، السنة ١٥ ، العدد ١و٢و٣ وما بعدها ، والمراجع العديدة المثبتة فى هوامش الصفحات اللاحقة .

(٢) القاهرة الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٣/١/١٧ ، السنة ٢٥ ، العدد ٤ ، ص٢٤١ .

فور طلاقها ، وليس معناه عدم وجوب النفقة لها ما دامت فى العدة – لا منافاة بين القول بوجوب النفقة لها ما دامت معتدة وبين جواز تزوج الغير منها فور طلاقها (١) .

العبارة الدالة بلفظها الصحيح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلاً ، يقع بها الطلاق فور صدورها ، ويكون طلاقاً مستقلاً قائماً بذاته ، ولا يغير من ذلك ما إقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق ، إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفورى المترتب عليها شرعاً (٢) .

ما الحكم إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً بعبارة واحدة ؟

٢١٢ – مكرر – فيه خلاف بين الفقهاء (٣) .

فقد ذهب الأئمة الأربعة – إلى أن الطلاق يقع ثلاثاً – وهو منقول عن كثير من الصحابة كعمر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب ، وأبى هريرة وغيرهم .

وكانت المحاكم – فى الإقليم المصرى – حتى عام ١٩٢٩ تذهب إلى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات ، إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجرى قضاء المحاكم على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة ، أخذاً بنص المادة ٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تقول: « الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة » (٤) .

---

(١) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٧/١/٩ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢١ ، العدد ٧ ، ص٣٩٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/٥/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٠ ، العدد ٢ ، ص٧٥١ وما بعدها .

(٣) يراجع فى حجج العلماء : الأحوال الشخصية – الشيخ البرديسى – ص٣٦٤ وما بعدها .

(٤) إنَّ الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة ليتحرى الزوج والزوجة ترويض النفس على الصَّبر والإحتمال (نقض – جلسة ١٩٦٠/٦/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١١ ، العدد ٢ ص٣٧١ ، ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٢/٥/٢٧ ، القضية ٢١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى) .

قول المطلق بعد إيقاع الطلاق المجرد أنه مكمل للثلاث من قبيل إقتران الطلاق بالعدد لفظاً أو إشارة فلا يقع إلا واحداً طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (١) .

لا عبرة بما يقرره المطلق فى إشهاد الطلاق من حصول الطلاق قبل الدخول والمعاشرة لأن ذلك من إملائه ما لم تكن المطلقة حاضرة مجلس الطلاق . فإذا إتفق الزوجان على حصول العقد فى تاريخ معين ثم إدعت الزوجة عقد قبل هذا التاريخ، يسمع قولها وعليها البينة طبقًا لما نص عليه الفقهاء (٢) .

الطلاق المنجز ، والمضاف والمعلق :

٢١٣- فالطلاق المنجز (٣) - هو ما خلت صيغته من الإضافة إلى زمن مستقبل والتعليق على حصول أمر فى المستقبل - يقع به الطلاق فى الحال ويترتب أثره عليه بمجرد صدوره متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً لوقوعه .

والطلاق المضاف - هو ما كانت صيغته مقرونة بوقت مستقبل يقصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلوله - يقع عند مجيء الوقت ما دام المطلق أهلاً والمرأة محلاً له .

والطلاق المعلق - هو ما ترتب وقوعه على أمر فى المستقبل (كأن يقول : إن خرجت من المنزل فأنت طالق ، وإن سافرت إلى بلدتك فأنت طالق) ، وذلك بإستعمال أدوات الشرط (إن - إذا - متى) .

والطلاق المعلق - هو ما ترتب وقوعه على أمر فى المستقبل (كأن

---

(١) كرموز الشرعية - جلسة ١٩٥١/٥/١٧ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٤ ، العدد ٧، ص٤١٥ .

(٢) تلا الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٤/٢٨ - المحاماة الشرعية ، السنة ٢٥ العدد ١ ، ص٩١ .

(٣) راجع فى اقسام الطلاق المنجز والمضاف والمعلق : الزواج والطلاق فى الإسلام - للأستاذ زكى الدين شعبان - ص١٠٨ وما بعدها .

يقول : على الطلاق لأفعلن ...) وفيه لم تذكر أداة الشرط صراحة ولكنها مذكورة في المعنى ومقصود منها بحسب العرف لزوم الطلاق ووقوعه إذا لم يقع المحلوف عليه ويسميه الفقهاء : يميناً ، لأنه مثله يفيد الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (١) .

وتجتمع المذاهب الأربعة وجمهور فقهاء المسلمين على وقوع الطلاق عند حصول المطلق عليه سواء أكان من أفعال الزوج أو الزوجة أو غيرهما، وسواء أقصد به الزوج الحمل على شيء أو تركه أو لم يقصد ذلك ، وسواء سمى التعليق يميناً أم لا .

وإستدلوا على وقوع الطلاق بما يلي :

(١) أن نصوص الطلاق وردت مطلقة غير مقيدة بنوع معين دون أخر، والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يرد دليل بتقييده .

(٢) أن تعليق الطلاق وقع في عصر الصحابة والتابعين بلا خلاف .

(٣) أن الطلاق إنما شرع للحاجة ، وقد تدعو الحاجة إلى إصلاح الزوجة بتعليق الطلاق كي تمتنع عن إتيان ما يكره الزوج وتفعل ما يحبه فتحسن العشرة (٢) .

---

(١) ويرى أستاذنا الشيخ زكريا البرديسي أن الطلاق المعلق ليس يميناً لا شرعًا ولا لغة وإطلاق إسم اليمين عليه على سبيل المجاز ، فينبغي الا يأخذ حكم الآخر هو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه ، فإن لم يحصل لا يقع الطلاق ولا تجب فيه الكفارة أصلاً (الأحوال الشخصية، ص٤٠٢) .

(٢) كانت المحاكم في الإقليم المصرى حتى عام ١٩٢٩ تذهب إلى وقوع الطلاق عملاً برأى الجمهور ، فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذى أخذ برأى إبن تيمية وتلميذه إبن القيم حين نص في المادة الثانية منه على أنه : (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل الشيء أو تركه لا غير) ، أخذت المحاكم به ، ويلخص رأى إبن تيمية وتلميذه في أن الطلاق المعلق إن كان قسميًا يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجزى فيه كفارة اليمين إن حنث ، وإن كان شرطيًا يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع . ويعقب أستاذنا الشيخ البرديسي على هذه المادة بأن تطبيقها يرجع إلى قصد المتكلم . وتفسير قصده مرجعه فيه إليه إن لم تكن هناك قرينة حال شاهدة(يراجع في تفصيل رأيه في تطبيق هذه المادة : الأحوال الشخصية – ص٤٠٤ وما بعدها) .

تفويض الطلاق إلى الزوجة :

٢١٣ مكرر - تفويض الزوج الطلاق إلى زوجته هو أن يقيمها مقامه فى إيقاع الطلاق ، لأنه صاحب الحق فيه يملك أن يتولاه بنفسه ويملك أن يقيم غيره فيه مقامه .

والفرق بين التوكيل فى الزواج والتفويض فيه :

(١) أن الوكيل يعمل بإرادة الموكل ، أما المفوض فيعمل بإرادة نفسه .

(٢) أن للزوج أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، أما المفوض فلا يملك الزوج عزله .

(٣) أن ليس معنى التفويض أن ملكية الزوج للطلاق قد زالت ، بل كل ما فى الأمر أنه أشرك معه فيما يملك من تصرف .

(٤) الوكيل بالطلاق له أن يتولى ما وكل فيه فى المجلس وبعده . أما المفوض فإنه يتقيد بمجلس التفويض ما لم تكن صيغته عامة لكل الأوقات «طلقى نفسك متى شئت » . والطلاق الواقع بالتفويض يكون رجعياً ، إلا إذا كان قبل الدخول أو مكملاً للثلاث أو كان على مال « م٥ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩».

ومشروعية تفويض الطلاق إلى المرأة ثابتة بالكتاب وأجازه جمهور الفقهاء كذلك ، وخالفهم الظاهرية لأنه تمليك الطلاق للمرأة وهو بيد الرجل عملاً بقوله ﷺ : الطلاق لمن أخذ بالساق ولا يغير أحدكم حكم الشرع .

قال تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحًا جميلاً ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً » فقد فوضهن الرسول فى أمر قيام الزوجية وعدم قيامها (١) .

ويكون التفويض بالطلاق مقيداً بزمن معين (كأن يقول ، إختارى نفسك أو أمرك بيدك مدة شهر) وقد يكون مشتملاً على ما يدل على

---

(١) الأحوال الشخصية - لأستاذنا محمد زكريا البرديسى ، ص٤٠٧ وما بعدها .

التعميم فى جميع الأزمان (كأن يقول : إختارى نفسك أو أمرك بيدك متى شئت أو فى أى وقت شئت » ، وتفويض الزوج يقع فى الطلاق رجعياً فقهاً وقانوناً ، ويصير بائناً بتكراره (١) .

وتفويض الطلاق إلى الزوجة يصح عند الحنفية أن يكون مقارناً لإنشاء العقد كما يصح أن يكون بعد العقد وفى أثناء قيام الزوجية .

إن الزوجة قد ملكت بهذا التفويض طلاق نفسها إذا شاءت وجعلت العصمة بيدها .

الطلاق على المال ، والخلع (٢):

٢١٤- قد تبغض الزوجة زوجها ، ولا تريد عشرته وتخاف إن هى إستمرت فى معاشرته ألا تتمكن من إقامة حدود الله، وقد يتمسك بها الزوج لرغبته فيها أو لحرصه على ما أنفق من مال فى سبيل الزواج بها ، فشرع الله طريق الخلاص فى هذه الحالة دفعاً للحرج والضرر ، بأن تتنازل الزوجة لزوجها عن جميع مالها أو أن تقدم للزوج شيئاً من المال بأن يتراضيان عليه ويطلقها نظير ذلك قال تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » (الآية ٢٢٩ سورة البقرة) (٣) .

الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين ، وإذ كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما يتضمن إبراءها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقابل حصولها على الطلاق ، وقد خلت مما يفيد إيقاع الزوج يمين الطلاق على زوجته

---

(١) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٩/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ١و٢و٣ – ص١٢٥ .

(٢) راجع التعليق على الأحكام الجديدة التى جاء بها القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ص ٧٧ وما بعدها من هذا المؤلف .

(٣) الزواج والطلاق ، للأستاذ محمد جواد مغنية ، ص١٥٦ حتى ١٦٣ ، والأحوال الشخصية ، للأستاذ محمد زكريا البرديسى ، ص٤١٥ وما بعدها .

مقابل هذا العوض ، فإن هذه العبارة بمجردها لا تعدو أن تكون مجرد إيجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق ، لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً ، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه ، وبالتالى لا يترتب عليها أثره المقرر شرعاً .

الطلاق البائن بينونة صغرى ، يستوى مع الطلاق البائن بينونة كبرى فى المنع من الميراث شرعاً (١) .

وروى إن إمرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبى ﷺ فقالت :

يا رسول الله ما أعتب على ثابت فى خلق ولا دين ولكنى لا أطيقه بغضاً وأكره الكفر فى الإسلام . وكان ثابت قد أصدقها حديقة . فقال لها النبى عليه الصلاة والسلام : « أتردين عليه حديقته التى أعطاك ؟ » فقالت : نعم وزيادة . فقال النبى « أما الزيادة فلا » .

٢١٥- والطلاق الذى يقع بالخلع هو طلاق بائن ، فقد شرعه الله للإفتداء ولو كان رجعياً لم يحصل الغرض الذى شرع من أجله ، لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك . إذ يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت فى العدة رضيت أم كرهت فلا تحصل على مقصودها إلا بالذى يزيل الملك وهو الطلاق البائن – وعلى ذلك قضاء المحاكم بالإقليم المصرى (م٥ فى ٢٥ لسنة ١٩٢٩) – قال ﷺ : « الخلع تطليقة بائنة » .

والفرق بين الخلع والطلاق على مال (عند من يقولون بإختلافهما) :

١- أن الخلع لا يكون إلا بلفظ الخلع أو ما فى معناه (كالإبراء – والإفتداء – والبيع – والشراء) – أما الطلاق على مال سواء بلفظ من الألفاظ الصريحة فى الطلاق أو الكتابة لا يسمى خلعاً ولا تترتب عليه آثاره .

بينما يقول الشافعية أن الخلع والطلاق إسمين لشىء واحد هو الفرقة فى مقابل ما تعطيه الزوجة لزوجها .

---

(١) نقض ، جلسة ١٩٦٣/١١/١٣ ، الطعن رقم ٩ لسنة ٥١ القضائية ، المحاماة السنة ٤٥ ، العددان ٥ ، ٦ – ص٦٠١ .

٢- انه يلزم قبول المرأة فى الخلع والطلاق على مال ، لأنه معاوضة من جانبها .

٣- انه إذا قبلت الزوجة دفع البدل وقع الطلاق بائناً سواء فى ذلك الخلع والطلاق على مال .

٤- أن الخلع يسقط - عند أبى حنيفة - كل حق مالى ثابت مما يتعلق بالنكاح الذى وقع فيه ، ولا يسقط هذا الحق عند الصاحبين - أما الطلاق على مال فلا يسقط هذا الحق بالإتفاق بين الإمام وصاحبيه .

٥- انه إذا بطل البدل فى الخلع بأن كان خمراً أو خنزيراً وقع الطلاق بائناً - أما إذا بطل البدل فى الطلاق على مال وقع الطلاق رجعياً .

أصول شرعية فى الطلاق :

٢١٥ مكرر - (١) المقرر أن الطلاق المتتابع الذى يلقيه الزوج (فى الشرفة) دفعة واحدة ، لا يقع إلا طلقة واحدة رجعية ، فإذا إستمرت الزوجية بحالة طبيعية مدة طويلة ، عد ذلك مراجعة ، لأن مراجعة الزوج لزوجته كما تكون بالقول تكون بالفعل ، وهى تثبت بشهادة الشهود .

(٢) للزوجة أن تطلب الطلاق ويحكم لها به متى ثبت الضرر ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، لما هو مقرر شرعًا من أنه لا ضرر ولا ضرار ، وأن إساءة الزوج إلى زوجته وإضرارها بالقول أو بالفعل وإستحالة الحياة بينهما بسببه ، يسوغ الحكم بالطلاق .

(٣) إتهام الزوج زوجته بأنها لم تكن عذراء وإذاعته على زملائه وزملائها فى العمل (البنك) تسجيلات صوتية تكشف عما كان بينهما والأبواب مغلقة (فى حجرة النوم) ، من شأنه أن ينال من عفتها ويسىء إلى سمعتها ويهدد كرامتها ويهبط بقدرها ويحط من منزلتها بين الناس ، وهذا النوع من الضرر يعتبر من الإيذاء المعنوى وهو أشد إيلاماً للنفس من الضرر المادى يوجب الحكم بالتطليق .

(٤) يجيز القانون العراقى للزوجة العراقية أن تطلب الطلاق إذا حكم على زوجها نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية لمدة خمس سنوات فأكثر . على

حين يشترط القانون المصرى أن تمضى سنة على سجن الزوج ، وأن تكون مدة عقوبته ثلاث سنوات .

(٥) يعتبر الحكم الصادر بالطلاق للضرر طلاقًا بائنًا وفيه لا يملك الزوج مراجعة زوجته السابقة لا قولاً ولا فعلاً . وإذا رغبا إستئناف حياة زوجية جديدة ، فإنه يتعين عليها إجراء عقد زواج جديد .

فإذا أقام المطلق بائنًا دعوى مراجعة كانت دعواه غير مسموعة طبقاً لنص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٦) المقرر فى الفقه أن الطلاق بعد الدخول يقع رجعيًا ، ويملك الزوج مراجعة زوجته بإرادته المنفردة - دون الرجوع إليها - فى مدة العدة وأقصاها ستون يوماً . أما الطلاق قبل الدخول أو الخلوة فهو طلاق بائن ، لا يملك الزوج مراجعة زوجته ، إلا بعقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها .

(٧) هجر الزوج زوجته أكثر من سنة مع الإقامة فى بلد واحد ، وإيثاره زوجة أخرى ، من الأسباب الموجبة للتطليق حماية لها من الفتنة وصوناً لكرامتها .

(٨) برجوع الزوج الذى أسلم إلى ديانته صار مرتداً ، وبردته إنفسخ عقد زواجه بالمسلمة ، ولكن يتعين رفع دعوى بفسخ عقد زواجه ، فلا يملك المرتد عقد زواجه بمسلمة ولا بغير مسلمة ولا مرتدة .

(٩) المقرر فقهًا أنه إذا إختلعت الزوجة فى مرض موتها أو طلقها زوجها على مال، فإن ما إلتزمت به من عوض مقابل الطلاق يعتبر تبرعاً منجزاً فيأخذ حكم الوصية وينفذ فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا بموافقة ورثتها لتعلق حقهم بأموالها منذ مرضها بمرض الموت .

غير أن علماء الحنفية - أصحاب المذهب المعمول به فى قضاء الأحوال الشخصية - زادوا على ذلك القول بأنه إذا توفيت الزوجة التى خالفت زوجها فى مرض الموت ، وهى فترة العدة ، فللزوج الأقل من : بدل الخلع ، ونصيبه فى تركتها ، وثلث تركتها . وما تبقى بعد ذلك يؤول إلى ورثتها .

(١٠) لزوجة المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب تطليقها منه ، إذا أمضى سنة فى الحبس ، سواء بدأت هذه

السنة من يوم القبض عليه لإرتكاب الجريمة المنسوبة إليه أو من يوم تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه طالما إستمر حبسه .

أهل الذمة والتفريق بين الزوجين منهم لإسلام الزوجة:

٢١٥ مكرر (٢) – المنصوص عليه شرعًا أنه إذا أسلمت الذمية وكان زوجها كافراً ، عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم فهى إمرأته ، وإن أبى فرق القاضى بينهما ، وكان ذلك طلاقًا بائنًا عند أبى حنيفة ومحمد (١) ، وذكر إبن الهمام (٢) : أن رجلاً من تغلب أسلمت إمرأته وهى نصرانية ، فرفعت إلى عمر إبن الخطاب فقال له : أسلم وإلا فرقت بينكما ، فأبى ففرق بينهما. وظهر حكمه بينهم ، ولم ينقل خلاف أحد له » . وإذا إعترف المدعى عليه بالدعوى ما عدا إسلام المدعية ، وقد ثبت بالإشهاد الرسمى المقدم من المدعية أن الله قد هداها فإعتنقت دين الإسلام وإختارت لنفسها من الأسماء (فاطمة محمد) ، وإذا عرضت المحكمة الإسلام على المدعى عليه وهو بالغ يعقل الأديان ، فأبى وصرح بالإباء ، والمنصوص عليه أنه متى صرح بالإباء فرق القاضى بينهما فى الحال (٣) ، ذلك أنه لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج المسلمة ، لا إبتداء ولا بقاء لقوله تعالى : « لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا» ، وقوله سبحانه : « يا أيها الذين أمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن ، فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم حل لهن » ، وأنه طبقًا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة يفرق القاضى عند إباء الإسلام بطلقة بائنة(٤)، ومن ثم يتعين التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة (٥) .

---

(١) فتح القدير – جزء ٢ – ص٥٠٦ ، والبحر – جزء ٣ – ص٢١١ ، وتنقيح الحامدية– جزء ١ – ص٦٥ ، والزيلعى – جزء ٢ – ص١٧٤ .

(٢) فتح القدير – جزء ٢ – ص٥٠٧ .

(٣) ديروط الشرعية – جلسة ١٩٣٢/٨/٢٣ – المحاماة الشرعية – لسنة ٥ – العدد ١و٢ – ص١٥٥ .

(٤) شرح الهداية وحاشيتها – جزء ٢ – ص٥٠٧ .

(٥) القاهرة الإبتدائية – جلسة ١٩٥٦/١/٢٨ – القضية ٥٢٠ – سنة ١٩٥٦ احوال كلى– محيط المباءئ الحديثة فى الأحوال الشخصية – للأستاذ محمد حلمى عبد العاطى – طبعة ١ – ١٩٥٧ ص٢٨٠ .

وقد إستقر قضاء النقض (١) على أن المسلمة لا تتزوج إلا مسلمًا ، وزواج المسلمة بغير المسلم حرام بإتفاق ، لا ينعقد أصلاً ، ولا يثبت منه النسب (٢) .

والقانون الواجب التطبيق للتفريق بين مسلمة وغير مسلم هو الشريعة الإسلامية هى التى تطبقه ، وحق الله هو المعبر عنه حديثاً بالنظام العام . فإذا أسلمت الزوجة عرض الإسلام على الزوج ، فإن أسلم بقيت الزوجية بينهما ، وإلا فرق القاضى بينهما ، لأنه لا يحل لغير المسلم أن يفرش المسلمة ، ولا يصح شرعًا أن تبقى من أسلمت فى عصمة زوجها الذى أبى الإسلام ، ويكون التفريق بين من أسلمت وبين زوجها الذى أبى الإسلام بطلقة بائنة (٣) .

الذمية إذا أسلمت وأبى زوجها الذمى عن الإسلام بعد عرضه عليه ، فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة وهو ليس أهلاً للإيقاع بل أهل للوقوع عليه ويطلق عليه القاضى نيابة عنه ويقع الطلاق بائناً قبل الدخول أو بعده ، والتفريق فى هذا المقام تطليق لا فسخ ، وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو أسلم لا يملك عليها إلا طلقتين - وترتب على هذه البينونة آثارها، لا يملك الرجعة ، وتجب عليه نفقة عدتها ولو كان مدخولاً بها ، لأن المتع من

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - مدنى وأحوال - العدد ٢- ص٥٨٥ وما بعدها ، ويعلق المستشار محمد الدجوى على إتجاه محكمة النقض هذا بأن المحكمة لعلها عجزتْ عن أن تقع على الرأى الراجح ، وكثير من الفقهاء يعجزون عنه (الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ، فقهاً وقضاء - طبعة ١ - ص٣٥٥) .

(٢) نص الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم ، عرض عليه الإسلام، فإن أسلم فهى إمرأته ، وإلا فرق القاضى بينهما ، وكان ذلك طلاقًا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تكون الفرقة طلاقاً ، والتفريق يكون بطلقة بائنة ، ويسقط العرض للضرورة إذا كان الزوج غائبًا غيبة منقطعة (اللبان الشرعية - جلسة ١٩٤٦/٤/٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١٨ - العدد ١ - ص٥٨) .

(٣) الجمالية الشرعية - جلسة ١٩٤٨/٢/١٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - العدد ٤ - ص٢٢٠

الإستمتاع بها من جهته ، ولها كل المسمى فى هذه الحالة ، لأنه بإسلامها قد إلتزمت بأحكام الإسلام ، ومن حكمه وجوب العدة فى حالة الدخول أيضاً (١) .

على أن الزواج بمسيحية بعد إسلامها وقبل صدور حكم بالتفريق بينها وبين زوجها المسيحى غير صحيح طبقاً للنصوص الشرعية ، وعلى القاضى أن يأمر مثل هذين الزوجين بالتفرق (٢) .

أصول قضائية فى طلاق وتطليق الذميين:

(١) المقرر طبقاً لشريعة الأقباط الأرثوذكس أنه يفرق بين الزوجين إذا طالت الفرقة بينهما لثلاث سنوات على الأقل مع الكراهية وتعذر حياتهما معاً ، شريطة الا يستفيد المتسبب فى الخلاف من خطئه .

(٢) إذا كان الثابت انه حكم على الزوجة الذمية (المسيحية) بالحبس فى جريمة تحريض على الدعارة ، وأنها كانت تستأجر شقة فى إحدى ضواحى القاهرة تباشر فيها نشاطها ، كما قضى الحكم الجنائى بوضعها تحت مراقبة شرطة الآداب ، وكان الزوج يجهل حقيقة نشاطها الإجرامى بسبب سفره ، وتغيبه فى عمله لفترات طويلة ، فإن هذا السلوك السىء يجيز – فى شريعة الأقباط الأرثوذكس – للزوج طلب الحكم بتطليق زوجته تلك .

(٣) المقرر فى التقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس وفى سائر الشرائع المسيحية التى تأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب الطلاق ، أنه يتعين أن يكون الذى يجيز لأحد الزوجين طلب الطلاق أن يكون المرض معدياً ويخشى منه على سلامة الآخر ، وأن يثبت أنه مرض غير قابل للشفاء ، بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط ، كانت الدعوى مستوجبة الرفض – إذ كان ذلك ، وكان الثابت إن المرض الذى تعانى منه الزوجة غير القابل

---

(١) المنيا الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٩/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٣ – العدد ٨– ص٤٤٥ .

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٨/١/٧ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ١ – ص٩١

للشفاء ، لا يعدو أن يزيد فى وزنها بشكل ملحوظ ويذهب بما كانت تتمتع به خلال سنوات الزواج الأولى من رشاقة ، وهو مرض غير معدٍ ولا يخشى منه على سلامة الزوج ، فإن طلب الأخير طلاق زوجته يكون على غير أساس .

(٤) المقرر وفقًا لأحكام الشريعة الإنجيلية أن التطابق يكون فى حالتين: إذا زنا أحد الزوجين وطلب الطرف الآخر التطليق ، وإذا إعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الطرف الآخر التطليق - إذ كان ذلك فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب إنفصال الزوجين مهما طالت مدة الفرقة ما لم تتوافر إحدى الحالتين السابقتين .

(٥) المقرر طبقاً لشريعة الأقباط الأرثوذكس وجميع الشرائع المسيحية أنها لا تعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، وهى كذلك لا تعترف بتراضى الزوجين وإتفاقهما على الطلاق ، إستناداً إلى ما هو مقرر فى هذه الشريعة من أن الزواج نظام قانونى وليس عقداً يخضع للفسخ والإنحلال بإرادة الزوجين أو إرادة أحدهما ، وأن تلك الشريعة تعتبر الزواج وفقاً لهذا التنظيم من النظام العام الذى لا تجوز مخالفته . إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن طرفى الدعوى لم تستقر حياتهما الزوجية من يوم إنعقادها ، وأنه لا سبيل إلى إستدامتها لتباين طباع الزوجين وعاداتهما ، وأنهما حررا إتفاقاً بالإتفاق على الطلاق ، فإن دعوى الطلاق القائمة على هذا الإتفاق تكون على غير سند مستوجبة الرفض .

(٦) المقرر فى غالبية الشرائع المسيحية أن العجز الجنسى من موانع إنعقاد الزواج ، شريطة أن يكون ذلك العجز سابقًا على الزواج ، وألا يرجى الشفاء منه ، وأن يتضرر منه الطرف الآخر . وبناء على ذلك فإن المادة ٢٥ من لائحة الأقباط الكاثوليك تجعل هذا الزواج باطلاً - إذ كان ذلك وكان الثابت أن الزوج الذى بدا عند شاباً يافعاً موفور الصحة والعافية ، قد ظهر بعد الزواج أنه عاجز جنسيًا عن مباشرة زوجته التى ما تزال بكراً ، وأنه إستمر فى علاج بعد ذلك دام عامين متنقلاً بين مصر وأوربا دون أن تتقدم حالته نحو الشفاء ، فإنه يحق للزوجة طبقًا للائحة الأقباط الكاثوليك طلب الطلاق لبطلان زواجهما .

(٧) المقرر فى التقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس أنه إذا إعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو إعتاد إيذاءه إيذاءً جسمياً يعرض صحته للخطر، جاز للطرف الآخر أن يطلب الطلاق ، ومؤدى ذلك أنه ليس شرطاً- لكى يقضى بالتفريق بين الزوجين - أن يكون الإعتداء أمراً قد إعتاده الزوج، وأن يكون من الجسامة بحيث يعرض صحة الطرف الآخر للخطر - إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن الزوج المدعى عليه دائم الإعتداء على زوجته المدعية بالضرب المؤلم فى مواضع حساسة من جسمها وكلما شفيت آثاره عاود الإعتداء عليها المرة بعد المرة ، فإنه - وفقًا للتقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس - تكون الدعوى قائمة على أساس سليم ويتعين القضاء للمدعية بالطلاق .

(٨) تنازل الزوج الأرثوذكسى عن رفع الدعوى العمومية ضد زوجته التى ضبطت متلبسة بجريمة الزنا ، ليس بمانع يحول بينه وبين رفع دعوى الطلاق ، حتى لا يجبر الزوج على معاشرة زوجة تأكد لديه سوء سلوكها وكشفت التحقيقات الجنائية عن ضبطها عارية تماماً فى أحضان شريكها ، فللزوجية مودة وتراحم ، وأن حكمة التنازل عن الدعوى الجنائية هى الفضائح العائلية والمحافظة على كرامة الأسرة والأولاد .

ما حكم طلاق المريض مرض الموت ؟

٢١٦- مرض الموت هو المرض الذى يحدث وفاة المريض به غالباً (١) .

---

(١) وحالة مرض الموت مشروطة شرعًا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك (نقض- جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٥ ، العدد ٢ ، مدنى ، ص٦٢٦) ولا يشترط فى مرض الموت أن يلازم صاحبه الفراش على وجه الإستمرار والإستقرار ، بل يكفى أن يلازمه وقت إشتداد العلة ، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينتقص من أهليته للتصرف (نقض ، جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ ، المرجع السابق ، ص٣٩٥) - وقيام مرض الموت أو ما فى حكمه من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من حالة التصرف النفسية وما إذا كان التصرف قد صدر منه وهو تحت تأثير اليأس من الحياة أو من حالة الإطمئنان إليها والرجاء منها والأمل فيها (نقض ، جلسة=

والمحكوم عليه بالإعدام وراكب السفينة التى تتقاذفها الأمواج وتوقع الغرق ثم غرق بالفعل حكمهم حكم المريض مرض الموت .

فإذا طلق المريض مرض الموت (أو من فى حكمه) إمرأته ، فإما أن يكون الطلاق رجعياً ، وإما أن يكون بائناً .

ويذهب أستاذنا الشيخ زكريا البرديسى (١) - إلى أن الراجح القول بعدم الإرث . لأن الله سبحانه وتعالى يقول : ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ ، فلا توارث بين الزوجين إلا حيث تكون الزوجية ، ولا زوجية بعد الطلاق البائن حيث يقطعها ، وإذا إنتفى السبب إنتفى مسببه ، فلا توارث ولا إعتبار لأدلة من يخالف القول بعدم الإرث لأنها أدلة من المعقول ، ولا معقول فى مقابلة النص .

أما فى الإقليم المصرى فتقضى المادة ١١ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الميراث بأن للزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهى فى العدة أو الزوجية ، فرض الربع عند عدم الولد وولد الإبن وإن نزل والثمن مع الولد أو ولد الإبن وإن نزل - وتعتبر المطلقة بائناً فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته - وهذه المادة تجرى على مذهب الحنفية ، وعليه أيضًا تجرى أحكام المحاكم فى الإقليم المصرى .

ويلاحظ :

(١) أن المادة ١١ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المذكورة لم تشترط أن يكون المطلق مكرهاً ، لأن طلاق المكره غير واقع فى القانون .

=١/٤/١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٠ ، العدد ٢ ، مدنى ، ص٥٦١)
والمرض الذى يطل أمده عن سنة - لا يعتبر مرض الموت إلا إذا إشتدت وطأته ، وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة ، إذ أن فيها ما يقطع عن المرض الرجاء ويشعر بدنو اجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض من أمور الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع (نقض - جلسة ١٤/٥/١٩٧٨ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص٧٣٥) .

(١) الأحوال الشخصية - طبعة ١ - ١٩٦٥ - ص٣٩٢ .

(٢) يتحقق الفرار من الإرث ويعامل الفار بنقيض مقصوده فى الطلاق المكمل للثلاث ، وفى اللعان ، وفى الإرتداد ، وفى خيار الإفاقة إن كان فى مرض الموت .

(٣) تعتبر المرأة فارة وتعامل بنقيض مقصودها ويرثها زوجها إن ماتت وهى فى العدة ، وذلك إذا إرتدت ، وإذا إختارت نفسها بخيار البلوغ ، أو بخيار الإفاقة ، وإذا حدث منها ما يوجب حرمة المصاهرة ، كأن إتصلت بأحد أصول زوجها أو فروعه ، وكان ذلك فى مرض موتها وهى فى العدة فاعتبرت فارة يرثها زوجها .

الطلاق البائن :

٢١٧- يكون الطلاق بائناً :

(١) إذا كان بلفظ من ألفاظ الكنايات ، أو بلفظ صريح جاء على صيغة المصدر ونوى به الزوج الثلاث - وهذا النوع هو الذى يفتقر إلى النية .

(٢) الطلاق بلفظ صريح قبل الدخول ، أو بعد الخلوة الصحيحة، أو إذا كان مقروناً أو موصوفًا بالشدة او القوة أو بما يفيد البينونة (كانت طالق طلقة شديدة أو قوية ، أو انت طالق طلقة بائنة) ، والطلاق بلفظ صريح ولكنه فى مقابله عوض من جانب المرأة ، والطلاق بلفظ صريح إذا كان مكملاً بثلاث أو إذا كان مقروناً بعدد الثلاث لفظاً أو إشارة .

والطلاق البائن نوعان:

الأول - البائن بينونة صغرى - وهو الذى يتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها وشاهدين فى المجلس .

الثانى - البائن بينونة كبرى - وهو الذى لا يتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته إليه إلا بعد أن تنقضى عدتها منه ويتزوجها زوج غيره ويدخل بها دخولاً حقيقيًا ويمسها ويعاشرها معاشرة فعلية (١)

---

(١) ويقول الإمام الشوكانى : (والنبى ﷺ إنما شرط فى عودها إلى الأول مجرد =

ثم يطلقها بما يقع به الطلاق عادة من الأسباب وتنقضى عدتها منه (١) .

أولاً – الطلاق البائن بينونة صغرى :

فالطلاق بينونة صغرى لا يزيل الحل كالطلاق الرجعى ، فللمطلق أن يعقد عليها فى العدة أو بعد إنقضاء العدة لكن بإذنها وبمهر وعقد جديدين، لأنه يفترق عن الطلاق الرجعى إذ البائن يزيل الملك فى الحال ، فلا يحل له الإنفراد بإمساكها ومراجعتها ، وتبعًا لذلك فلا يجوز له مخالطتها والإستمتاع بها فى ظل العقد السابق ، لأن الطلاق البائن قد أنهى الزوجية ، ولذا فإن مؤخر الصداق يحل بمجرد البينونة ، ويمنع التوارث بينها حتى لو كانت العدة قائمة إلا إذا كان الطلاق فى مرض الموت وإعتبر فراراً من الإرث، هذا ويتفق الطلاق البائن مع الطلاق الرجعى فى أنه ينقص عدد الطلقات(٢).

ثانيًا – الطلاق البائن بينونة كبرى :

٢١٨– هو المكمل للثلاث – ويترتب عليه ما يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى غالباً ، ولا يفترق إلا فى أنه يزيل الملك والحل فيحرم على الرجل الإستمتاع بمطلقته فى هذه الحالة ولاتحل له إلا بعد أن تنقضى عدتها منه ويتزوجها أخر ويدخل بها دخولاً حقيقيًا ويطلقها وتنقضى عدتها منه .

فيشترط لكى تحل للزوج الأول فى حالة البينونة الكبرى :

(١) أن يكون زواجها الثانى صحيحًا لا فاسداً ولو دخل بها دخولاً حقيقياً عملاً بقوله تعالى :« حتى تنكح زوجاً غيره » ، والزواج الفاسد لا

= ذوق العسيلة التى حلت بالنص ، حتى تذوق عسيلته) ، ويذوق عسيلتها وماؤها (نيل الأوطار – جزء ٦ – ص١٤٠ ، وأنظر أيضاً : بلوغ المرام – لإبن حجر ، ص٢٠٠.

(١) والزوج الجديد فى هذه الحالة يعرف بالمحلل – وفيه يقول النبى ﷺ : « الا أخبركم بالتيس المستعار ؟» فقالوا بلى يا رسول الله ، قال : (هو المحلل والمحلل له) (نيل الأوطار – للشوكانى – المرجع السابق – ص١٣٨ ، ١٣٩).

(٢) الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام – للشيخ محمد سلام مدكور – ص٢٣١ ، والأحوال الشخصية – للشيخ محمد زكريا البرديسى – ص٢٨٧ .

يسمى نكاحاً ، والرجل فيه لا يسمى زوجاً .

(٢) أن يكون الزواج الثانى بعد إنقضاء عدة الزواج الأول .

(٣) أن يدخل الزوج الثانى دخولاً حقيقيًا بعد العقد الصحيح عملاً بقوله ﷺ : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها » .

(٤) أن يطلقها الثانى بموجب الطلاق أو يتوفى وتنقضى عدتها منه .

حكم نكاح المحلل :

٢١٩– يعد بعض العامة الذين أزالوا حل زواجهم بالتطليق ثلاث طلقات إلى زواج المحلل بأن يأتوا برجل ويتفقوا معه على أن يتزوج المطلقة ثم يطلقها فيتزوجها الأول – فإذا حدث ودخل الزوج المحلل بالزوجة .

فقد إختلف الفقهاء حول حكم نكاح المحلل .

فيرى الحنابلة (فى رواية) – أن النكاح يصح وتحلل للزوج الأول ، لأن الدخول الحقيقى الذى يحلها للأول مشروط بأن يكون من زواج صحيح ، وهذا الزواج فاسد لتأقيته .

ويرى الحنفية على خلاف ما بينهم – أن النكاح صحيح وتحل للأول غاية ما فى الأمر أنه مكروه لقوله ﷺ : « لعن الله المحلل والمحلل له » (وهذا رأى أبى حنيفة) – أما محمد فى رواية (المبسوط) ورويت فى (الهداية) و« فتح القدير » عن أبى يوسف – أن النكاح فاسد ولا تحل للأول. وفى رواية أخرى عن محمد – أن العقد صحيح ولكن الزوجة لا تحل للأول لأنه إستعجل بهذا العقد ما أجراه الشرع .

الإيلاء :

٢٢٠– من أنواع الطلاق الطلاق بسبب الإيلاء (أى اليمين ، الحلف) بأن يقول الرجل : (والله لا أقربك ، أو والله لا أقربك أربعة أشهر أو أكثر) ، فإذا لم يقرب زوجته وإستمر فى ذلك الهجر حتى مضت أربعة أشهر طلقت منه بحكم الشرع طلاقًا بائناً من غير حاجة إلى تطليق من الزوج أو القاضى؛ جزاء له على ظلم المرأة وإيذائها بمنع حقها المشروع . أما إذا خالطها قبل أن تمضى هذه المدة فلا يحسب ذلك طلاقًا عليه ، وإنما تجب

عليه الكفارة لحنثه فى يمينه وذلك بإطعام عشرة مساكين يومًا واحداً غداء وعشاء أو يكسوهم ، فإن لم يقدر على ذلك وجب عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات .

وقد كان الإيلاء شائعًا عند العرب قبل الإسلام ، وكان هجر الزوج يستمر سنة أو سنتين أو أكثر بقصد إيذاء الزوجة وإلحاق الضرر بها .

ويلاحظ أن الطلاق للإيلاء يقع بائناً بمجرد إنقضاء أربعة أشهر ، من غير حاجة إلى رفع الأمر إلى القاضى ليحكم بطلاقها (١) ، وهو ما فهمه فقهاء الحنفية من الآية :

« للذين يألون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » (الآيتان ٢٢٦ ، ٢٢٧ من سورة البقرة (٢) .

هذا ...

وهناك أنواع أخرى من الطلاق لم نر ضرورة عملية لبحثها لأنها غير معروفة فى أقضيتنا الآن .

أما الطلاق الرجعى فقد أفردنا له البحث التالى :

الطلاق الرجعى :

٢٢١ – الطلاق الرجعى هو الذى يملك الزوج فيه الرجوع إلى المطلقة ما دامت فى العدة سواء رضيت أم لم ترض .

ومن شروطه :

---

(١) الزواج والطلاق فى الإسلام – للشيخ زكى الدين شعبان – ص١١٦ .

(٢) يرى أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى أن الطلاق بسبب الإيلاء يكون رجعياً لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد إعتمد على مذهب الشافعى ومالك كما تنص على ذلك مذكرته التفسيرية ، فضلاً عن أن القانون المذكور قد نص على أن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما إستثنى ولم يكن الطلاق بسبب الإيلاء مستثنى فيدخل تحت هذه القاعدة الكلية ويقع رجعياً (الأحوال الشخصية ، ص٣٧٩) .

(١) أن تكون المرأة مدخولاً بها ، لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها لقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » (الآية ٤٩ من سورة الأحزاب) .

(٢) أن لا يكون على مال .

(٣) أن لا يكون مكملاً للثلاث .

والطلاق الرجعى يرفع قيد النكاح فى المال ، بمعنى أن تبقى الزوجية قائمة بين الزوجين (١) من كل وجه بعد الطلاق الرجعى كما كانت قبله ما دامت المطلقة فى العدة ، فللمطلق أن يعيدها إلى عصمته بغير رضاها وبدون مهر وعقد جديدين ما دامت المراجعة خلال فترة العدة ، إذ أن المطلق يكون قد رجع إلى نفسه وحاسبها على ما قارفت فى حق المطلقة ، ووازن بين مودة الزواج وعشرة الزوجة وبين ما صار إليه الحال . وقد قلنا فيما سبق أن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعيًا لما سبق من أسانيد ، ولقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً » .

أما الطلاق البائن فهو الذى يرفع قيد النكاح فى الحال ، فلا يحق للمطلق بعده أن يراجع مطلقته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين (وهو البائن بينونة صغرى) أما الطلاق البائن بينونة كبرى ، فالمطلقة - كما سبق القول - لا تحل لمطلقها إلا بعد أن تتزوج غيره ويدخل بها دخولاً حقيقيًا ويعيش معها فترة طالت أو قصرت ، ثم يطلقها لأى سبب من أسباب الطلاق وتنقضى عدتها منه ، وبشرط رضاها وبعقد ومهر جديدين.

والطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة يكون بائناً دائمًا ، ولا عدة للمطلقة- أما الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة فتجب به العدة لا للمراجعة

---

(١) الزواج والطلاق - للأستاذ محمد جواد مغنية - ص١٤٠ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البرديسى - ص٢٧٥ .

ولكن للإحتياط محافظة على الأنساب . ويكون الطلاق قبل الدخول بائناً فى كل الصور سواء وقع بصريح لفظ الطلاق أو غيره أو بكناية من كناياته أو ما يقوم مقام اللفظ الصريح أو الكنائى من الكتابة أو الإشارة ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وسرحوهن سراحاً جميلاً » .

والطلاق على مال يكون طلاقًا بائنًا لقوله تعالى : « فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به . » ، والإفتداء معناه الخلاص ، ولا يكون للمطلق عندئذ حق مراجعة مطلقته ما دام قد تصالح معها على مال كحق إرضاع الصغير أو حضانته أو نفقتها ونحو ذلك ، ولا يكون الإفتداء إلا فى طلاق بائن . تلك كانت الفروق المختلفة بين الطلاق الرجعى والطلاق البائن بأقسامه .

والطلاق الرجعى نوعان :

الأول – لا يفتقر إلى النية فى وقوعه – وهو الذى يكون بلفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق (أنت طالق ، مطلقة ، طلقتك ..) ، بشرط أن لا يوصف بالشدة أو العظم حتى لا يكون طلاقاً بائناً .

الثانى – يفتقر إلى النية فى وقوعه – وهو الذى يكون بلفظ من ألفاظ الكنايات (إعتدى ، إستبرئى رحمك ...) .

ويقول الدكتور مصطفى الرافعى فى رسالته (الطلاق فى القانون الإسلامى الوضعى (١) عن الطلاق الرجعى) :

dans ce-cas la répudiation ne devient défizitire que par l'écoulcement du délai de veduité Avant l'expiration de ce délai ıl pourra changer d'avis et reprendresans éntre assujetti a aucune formile (p.25.) .

---

(1) - la Repudiation dans le droit positif de l'Islam . thèse .Paris,1950 .26

حكم الطلاق الرجعى :

٢٢٢– إختلف الفقهاء فى حكم الطلاق الرجعى :

فذهب الحنفية – إلى أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، أى لا يزيل أى حق من الحقوق الزوجية الثابتة لكل من الزوجين على صاحبه ولا يزيل الحل ، فله أن يتزوج مطلقته متى شاء ما دامت فى العدة .

ويذهب المالكية والشافعية وكذلك الحنابلة فى رواية عنهم إلى أنه يحرم على المطلق أن يستمتع بالمطلقة رجعياً بوقاع ودواعيه فى أثناء العدة قبل أن يراجعها بالقول أو الإشارة إن كان أخرس .

ومن حالات الطلاق التى نظمها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ صورة واحدة يكون فيها تطليق القاضى للزوجة رجعياً وما عداها من صور الطلاق يكون بائناً .

وصورة الطلاق الرجعى قد نصت عليها المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث تقول : « تطليق القاضى لعدم الإتفاق يقع رجعيًا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره ، وأستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح المراجعة » .

والأصل فى نظر قوانين الأحوال الشخصية أن يكون الطلاق رجعيًا ، فقد صرحت بذلك المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث جاء بها (كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠) .

والطلاق الرجعى لا يحول دون إرث الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها إذا مات أى منهما بعد الطلاق الرجعى وقبل إنقضاء العدة .

أحكام الرجعة :

٢٢٣– عرف الحنفية الرجعة بأنها إستدامة الملك القائم ومنعه من الزوال ، بينما عرفها الشافعية بأنها رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن على وجه مخصوص .

والأصل فى مشروعيتها الكتاب والسنة :

قال تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فإمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » .

وروى أن الله سبحانه وتعالى أمر الرسول ﷺ بمراجعة حفصه لما طلقها .

ويرى استاذنا الشيخ البرديسى أن الرجعة ليست حقاً خالصاً للزوج . فله حق مراجعة مطلقته ما دامت فى العدة ولو أسقطه (١) .

كيفية حصول الرجعة :

٢٢٤– تحصل الرجعة بالقول ، أو بالفعل .

الرجعة تصح بالشهود ، كما تصح بدون حضور شهود ، وهى تصح بالفعل بالمعاشرة بدون حاجة إلى القول ، ويكون قضاء المحكمة بها كما يلى :

حكمت المحكمة ... للمدعية على المدعى عليه بثبوت مراجعته لها فى عدة الطلاق الرجعى ، وألزمته بالمصاريف (٢) .

ولا يحتاج فى إثبات الرجعة إلى شهود ، وليس بلازم إثباتها بالطريق الرسمى . إن معاشرة المدعى عليه للمدعية بعد الطلاق الرجعى وفى عدته كاف فى إثبات المراجعة . وعدم الطعن من والد الصغير فى شهادة ميلاده بعد عرضها عليه دليل على صحة الرجعة ونسبة الولد إليه (٣) .

(١) فتحصل بالقول الصريح الذى لا يحتمل غير المراجعة (كراجعت زوجتى) بالإتفاق .

---

(١) الأحوال الشخصية – طبعة ١٩٦٥ – ص٢٨٣ .

(٢) أسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٢/٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٧ – ص٤٥ .

(٣) ميت غمر الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٦/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – العدد ١ – ص٨٧ .

أما باللفظ غير الصريح الذى يحتمل الرجعة وغيرها إذا نواها الزوج (لا أتركك ، أنت إمرأتى) - فقد ثار الخلاف بين الفقهاء فى إمكان حصول المراجعة به .

فيرى الحنفية والشافعية ، والمالكية ، والحنابلة فى رواية ، إن الرجعة تصح .

(٢) وتحصل بالفعل (كالجماع ودواعيه) (١) .

أصول شرعية فى الرجعة :

(١) لما كان الثابت أن الزوج طلق الزوجة وأخفى ذلك عنها ، ثم عاشرها وأنجب منها ولدين بعد ذلك الطلاق ، وكانت الرجعة تثبت بكافة طرق الإثبات فإن المعاشرة تقوم دليلاً على حصول المراجعة .

(٢) إذا كان الثابت أن الزوج طلق زوجته قبل سفره بيومين ، وأنه عاد من سفره بعد شهر ونصف أى قبل إنقضاء العدة ، ولما كانت فى إستقباله بالمطار تلقفها بين أحضانه ، وتعانقا ، وتبادلا قبلة طويلة ، الأمر الذى لا يحدث إلا بين الأزواج عادة . لما كان ذلك ، وكانت الرجعة بعد الطلاق الرجعى تتم بالقول أو بالفعل الموجب لحرمة المصاهرة فإن ما فعله يعد مراجعة لزوجته .

(٣) لم يشترط الفقهاء إثبات الرجعة ، ولم يحتمها بقانون كذلك ، فتصح بغير شهود ولا إشهاد - لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الزوج بعد أن طلق زوجته بإشهاد رسمى وسافر إلى جهة بعيدة حيث يعمل هناك بعث بخطاب إلى مطلقته وقبل إنقضاء عدتها منه يقرر فيه أنه راجعها ، فإن الرجعة تكون قد تمت .

شروط الرجعة :

٢٢٥- فى الرجعة شروط تتعلق بالزوج ، وشروط تتعلق بالرجعة ذاتها .

---

(١) ميت غمر الشرعية - جلسة ١٩٥٤/٦/٢٨ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٤ - العدد ٥و٦ - ص٢٢٨ ، والعليا الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١٢/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٦ - ص٣٥٩ وما بعدها .

(١) فالشروط المتعلقة بالزوج - إذا كانت الرجعة بالقول - فيشترط في الزوج أن يكون أهلاً للزواج - فلا تصح الرجعة من المجنون والمعتوه والنائم والمغمى عليه ، لأنه لا عبارة لهؤلاء (الحنفية، والشافعية ، والمالكية)- أما الهازل فتصح الرجعة منه . للحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد » (الحنفية ، والشافعية والمالكية) .

أما إذا كانت الرجعة بالفعل فتصح عند الحنفية من المجنون والمعتوه ، ولا تصح عند الشافعية والظاهرية ، لأنهم يقولون بالرجعة بالفعل .

(٢) **أما الرجعة** - ذاتها فيشترط فيها ما يلي:

(أ) أن تكون الرجعة في العدة - فإذا إنقضت العدة دون رجعة فلا تصح بعد ذلك وتبين المرأة ، ولا تحل للمطلق إلا بعقد ومهر جديدين ، وهذا الشرط لا خلاف فيه .

(ب) أن يحصل الإشهاد على الرجعة - ولقد ثار خلاف حول هذا الشرط فيرى الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وأحمد في رواية - أن الإشهاد ليس بشرط وإنما هو مندوب .

بينما يرى الشافعي في القديم وأحمد في رواية - أن الإشهاد ليس بشرط .

وإستدل الجمهور بالآية : « فإذا بلغن أجلهن فإمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم » .

وإستدل القائلون بوجوب الإشهاد على الرجعة بأن الله أمر بالإشهاد على الطلاق والرجعة والأمر يقتضي الوجوب .

ويذهب أستاذنا الشيخ البرديسي [١] إلى أن الأمر يقتضي الوجوب إذا لم توجد قرينة تصرفه إلى الندب والقرينة هنا قائمة لأنه ثبت صرف الأمر إلى الندب في أحدهما وهو الطلاق وكان ذلك دليلاً على ثبوته في الآخر وهو الرجعة ، فينبغي أن يصرف إلى الندب ، ولذا كان الراجح ما ذهب إليه الجمهور .

---

(١) الأحوال الشخصية - للأستاذ محمد زكريا البرديسي - ص ٣٨٦ .

والذى نراه وجوب إشتراط الإشهاد على الرجعة قطعًا للطريق على من ينكر حصولها من الجانبين سواء أكانت الرجعة بالفعل أو بالقول وأن المراجعة بذاتها واقعة مادية يمكن إثباتها بطرق الإثبات القانونية كافة بما فيها البينة الشرعية (١) .

(جـ) أن تكون منجزة لا معلقة ولا مضافة - على خلاف .

فيذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية على الراجح عندهم - إلى إشتراط التنجيز لأن الرجعة كالنكاح كل منهما يتعلق بالإبضاع ، فكما أن النكاح لا يقبل تعليقاً ولا إضافة فكذلك الرجعة .

ويرى المالكية فى غير الراجح - أنه لا يشترط تنجيز الرجعة ، فتصح الرجعة مع التعليق أو الإضافة إلى أن يتحقق الشرط أو يجيء الوقت المضاف إليه ، وذلك لأن الرجعة حق الزوج فله تعليقها وله إضافتها .

وينتقد أستاذنا الشيخ البرديسى (٢) رأى الزيدية لأنه عار عن الدليل ، فالرجعة ليست حقاً خالصاً للزوج ، ولذا فهو يرجح رأى جمهور الفقهاء .

وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث (٣) بأن الرجعة عند الحنفية هى إستدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدد بإنتهاء العدة ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج ، بل إمتداد للزوجية القائمة ، وتكون بالقول أو بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ، ولا رضا الزوجة ، ولا علمها، مما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة رسمية على نحو ما إستلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية ، وذلك تحقيقاً لأغراض إجتماعية إستهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية .

---

(١) يراجع : دمياط الإبتدائية دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة جلسة ١٩٦٣/١٢/١ القضية رقم ٢٧ سنة ١٩٦٣ أحوال س - لم ينشر ، وجلسة ١٩٧٥/٣/٢٩ - القضية ٧١ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس كلى - لم ينشر .

(٢) الأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - ص٣٨٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٣١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ العدد ٢ - مدنى وأحوال - ص١٠٥٢ .

والمستقر عليه شرعاً أنه إذا إختلف الزوجان فى صحة الرجعة فإدعى الزوج انها صحيحة لأنها وقعت فى العدة ، وأنكرت هى ذلك لأنها وقعت بعد إنقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه إنقضاء عدتها يحتمل ذلك ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها ، وأقل مدة للعدة بالحيض فى الراجح من مذهب أبى حنيفة ستون يوماً . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل إنقضاء العدة ، وإستدل على ذلك بما أثبته الزوج أسفل طلبات الحج الثلاثة التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها زوجته ويوافق على سفرها بهذه الصفة إلى الأقطار الحجازية ، وأن الرجعة صادفت محلاً ، لأن الزوجة لم تنكر على الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان الزوجية الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية ، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التى تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته ، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه ، لأنه تعلق به حق الغير (الزوج) ، وهو إستخلاص موضوعى إستند فيه الحكم إلى أسباب سائغة تكفى لحمله .

آثار الرجعة :

٢٢٦- تسرى أحكام الزواج وآثاره على الطلاق الرجعى لأن الزوجية تعتبر قائمة حكماً حتى تنقضى العدة ومن آثارها النفقة على ما سنبين .

وإذا راجع الزوج زوجته خلال فترة العدة عادت الزوجية إلى ما كانت عليه والمراجعة - كما قلنا - تتم بالقول الدال عليها أو بالفعل كوطء المطلقة رجعياً خلال فترة العدة ، ويستحسن أن تتم المراجعة بالإشهاد عليها خشية إنكار المطلقة لها خصوصاً بعد إنقضاء العدة .

فإذا إنقضت العدة دون أن يراجع المطلق مطلقته رجعياً ، كان طلاقها منه بعدها بائناً فلا تحل له إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين .

وعلى ذلك يمكن القول أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا يزيل

الحل، وأن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك ولا يزيل الحل ، وأن الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك ويزيل الحل بحيث تصبح المطلقة طلاقاً مكملاً للثلاث محرمة على مطلقها تحريماً مؤقتاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره على ما سلف البيان .

ويترتب على المراجعة إمتداد الحياة الزوجية وإستئنافها من جديد ، ولا يترتب عليها من أثر سوى نقص عدد الطلقات .

والمراجعة حق ثابت للزوج شرعاً حتى لو أسقطه ، لأن أحداً لا يملك أن يغير ما شرعه الله (١) .

أحكام العدة :

٢٢٧- تجب العدة (٢) على المطلقة بما ثبت بالكتاب ، والسنة ، والإجماع فقد قال الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» .

وقال ﷺ لفاطمة بنت قيس : « وإعتدى فى بيت إبن أم مكتوم » والإجماع الأصل فيه الكتاب والسنة .

فلو ادعى إنقضاء عدتها بالحيض ، وكانت المدة بين تاريخ الطلاق وتاريخ تقديم الدعوى لا تحتمل إنقضاءها شرعاً لم تسمع دعواه مطلقاً ، ولو كانت المدة بين تاريخ الجلسة وتاريخ الطلاق تحتمل ذلك ، لأن الدعوى

---

(١) وقد قضى بأنه إذا لم تعترف المطلقة رجعياً بإنقضاء عدتها حتى مات مطلقها ، فهى وارثة له – أن إقرار إحدى زوجتى المتوفى بطلاق زوجته الأخرى منه رجعياً ، وإدعاؤها عليها إنقضاء عدتها وعدم إثباتها إنقضاء العدة إقرار ضمنى بزوجته المطلقة وبأنها إحدى زوجتيه ومن ورثته وتستحق نصف ثمن تركته فرضا (العليا الشرعية – جلسة ١٩٣٥/١٢/٢ – المحاماة الشرعية – ٢-٦-٦٠-ص٥٢٩ وما بعدها .

(٢) ومعلوم أن المقرر فقهاً أن العدة مما لا يسقط بالإسقاط ، لأنها تجب حقاً لله تعالى وحقاً للزوج – فليس للزوج إبطال العدة عن زوجته إن أسقطها وأباح لها التزوج بغيره حال قيامها لا تسقط ولا يحل لها التزوج لأن فى الإسقاط لحقه إسقاط لحق الله وهو لايملكه (المنيا الإبتدائية الشرعية جلسة ١٩٥٠/٦/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ١و٢و٣ – رقم ١٧ – ص٩٠) .

متى وقعت باطلة وقت تقديمها . فلا تنقلب صحيحة (١) .

وللعدة أنواع :

عدة المطلقة ، وعدة الوفاة ، وعدة وطء الشبهة ، وعدة الزانية ، وعدة الكتابية .

عدة المطلقة :

٢٢٨- المطلقة قبل الدخول وقبل الخلوة لا عدة عليها بالإتفاق بين الفقهاء .

ودعوى بعدم المطالبة بالمقرر للنفقة لإنقضاء العدة بالحيضات مقرراً أنه قضى لها عليه بنفقة ، وأنه طلقها رجعياً . ولما كانت قد إنقضت عدتها شرعاً برؤيتها دم الحيض ثلاث مرات كوامل ، فقد دعاها إلى الكف عن مطالبته بالمقرر لنفقتها ولكنها إمتنعت .

عرض الحكم لوسيلة إثبات إنقضاء العدة بالحيضات وأنها مسألة من جانب المرأة ، والقول فيها قولها بيمينها ، ومن ثم فقد وجهت المحكمة - كطلب المدعى - اليمين إلى المدعى عليها بأنها لم تر دم الحيض ثلاث مرات كوامل وأنها ما زالت فى العدة وأنها تستحق على المدعى نفقة عدة .

وإذا حلفت المدعى عليها اليمين كما إستحلفت ، وقضى الحكم سديداً- برفض الدعوى (٢) .

أقام المدعى الدعوى بطلب الحكم على مطلقته المدعى عليها بالكف عن مطالبته بالمقرر عليه لنفقتها إعتباراً من ١٥/ ١٠/ ١٩٧٤ ، وأمرها بذلك وإلزامها بالمصاريف ، إستناداً إلى انه طلقها بتاريخ ١٥/ ٧/ ١٩٧٤وأن عدتها إنقضت بالقروء الثلاثة ، وكان قد صدر لها حكم بالنفقة ما زالت تلاحقه به رغم ذلك .

---

(١) اخميم الشرعية - جلسة ٦/ ٥/ ١٩٤٨ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٠ - ص٢٢٦.

(٢) فارسكور - جلسة ١٦/ ١١/ ١٩٧٥ - القضية ١٤٥/ ١٩٧٥ احوال نفس .

حضرت المدعى عليها وصادقت على الدعوى عدا إنقضاء العدة بهذا السبب وفى تلك المدة ، وقالت إن عادتها لم تأتها فى هذه المدة ، وحلفت اليمين كطلب المدعى ملتمسة رفض الدعوى .

بحثت المحكمة الدعوى ، مستعرضة وقائعها وخلاصة ما قدمه الطرفان من دفاع ، ثم أجملت طرق القضاء فى الفقه الحنفى وقاعدتها العامة ، فقالت إن القاضى يسأل المدعى عليه عن الدعوى بعد صحتها ، فإن أقر فيها ، أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه بالحق المدعى به وإن لم يبرهن من حلفه الحاكم بعد طلب صاحب الدعوى .

وإستخلصت أن المدعى قد ركن إلى يمين المدعى عليها إثباتاً لدعواه ، وأنها قد حلفت اليمين الموجهة إليها ، وأن الحلف والنكول من الأدلة الشرعية التى يقضى بها ، ثم إنتهى – صحيحًا – إلى القضاء برفض الدعوى (١) .

ما هى الخلوة الشرعية ؟ وما حكمها ؟

٢٢٨– مكرر – فالخلوة الصحيحة هى أن يجتمع الزوجان فى مكان ، آمنين من إطلاع الغير عليهما بغير إذنهما ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء ، بلا مانع حسى (كالمرض) ، أو طبيعى (كوجود ثالث) ، أو شرعى (كحيض أو صوم فرض) – فإذا فقد شرط من هذه الشروط ، وكانت الخلوة فاسدة غير صحيحة ، نص على ذلك فى البحر وفتح القدير والدر المختار وغيرها ، وتشارك الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح الوطء فى أحكام كثيرة منها وجوب العدة وتوابعها ، فإذا وقعت الفرقة بعدها لزم الزوج النفقة ما دامت زوجته فى العدة . وتشارك الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح والوطء فى العدة وجوباً ، وذلك للإحتياط لتوهم الشغل ، والعدة حق الشرع والولد ، أم كونها حق الشرع فلأن الزوجين لا يملكان إسقاطها ، وأما كونها حق الولد فللحديث : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره » ، والمقصود

---

(١) كفر الدوار – جلسة ١٩٧٥/١/٢٠ – القضية رقم ١٩٧٤/٥٠ احوال نفس جزئى .

منه رعاية نسب الولد وهو حقه ، وأنه على إطلاقه ظاهر المذهب الحنفى ، والأخذ بظاهر المذهب ، والقاضى عليه أن يأخذ بقول أبى حنيفة على الإطلاق (١) .

وسواء أكانت الخلوة صحيحة أم فاسدة على الصحيح فى النكاح الصحيح فإنها موجبة للعدة بعد الطلاق ولنفقة العدة فى مدتها ، لأن النفقة تابعة للعدة وتجب على الزوج إذا كان سبب الفرقة غير الموت وجاءت من قبل الزوج مطلقًا أو من قبل الزوجة لسبب ليس معصية ولم تخرج من بيت العدة (٢) .

ولإثباتها فالقول قول الزوج ، والبينة بينة الزوجة وفق ما يطمئن إليه الحاكم (القاضى) ويقع فى قلبه صدقها (٣) .

إثبات الخلوة عسير ، لأنها فسرت بأن تكون فى مكان ليس فيه أحد ، وليس بالزوجين مانع حسى أو شرعى أو طبيعى ، وهذا لا يمكن للشهداء الإحاطة به اللهم إلا إذا تأيدت بعرف أو حادثة إيجابية (٤) .

العرف السائد فى هذا العصر من تمكين الزوجين بمجرد العقد من الإختلاط والخلوة معاً إلى دور اللهو وأماكن الترفيه وإرتفاع الكلفة بينهما وشهادة الشهود على الخلوة الصحيحة مما يقطع بحصول الخلوة ويقضى بترتيب آثارها من وجوب نفقة العدة لها وعدم سماع دعواه (رد على ما زاد على نصف المهر) – ذلك أن الخلوة الشرعية ، حسبما جاء فى الجزء الأول من الفتاوى الهندية (ص٣٠٤ فى باب المهر) ، هى أن يجتمعا فى مكان ليس

---

(١) حاشية إبن عابدين – جزء ٢ – ص٣٥٢ ، ٣٥٣ ، وكفر الزيات الشرعية – جلسة ١٩٤٠/٢/٢٧ – المحاماة الشرعية السنة ١٧– العدد ١و٢و٣ – ص٤٩ وما بعدها والمؤيد إستئنافيًا بحكم طنطا الإبتدائية – جلسة – ١٩٤٠/٥/١ – القضيتين ٣٢٤و٣٥٣ سنة ١٩٣٩ /سنة ١٩٤٠ إستئناف ، وحاشية إبن عابدين – جزء ٤ ص٣١٥ و٣٢٥ و٣٤٨ .

(٢) حاشية إبن عابدين – المرجع السابق – جزء ٢ – ص٦٨٧ .

(٣) رد المحتار – إبن عابدين – جزء ٤ – ٣٤٧ .

(٤) المحلة الكبرى الشرعية – جلسة ١٩٤٧/٢/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٧ – ص٤٠٠ .

هناك مانع يمنعه من الوطء حساً أو شرعًا أو طبعاً ، كذا فى فتاوى قاضى خان ، وفى البدائع أن المهر يتأكد معان ثلاثة : الدخول - والخلوة الصحيحة- وموت أحد الزوجين ، سواء أكان مسمى أو مهر المثل . حتى لا يسقط منه شيء بعد ذلك إلا بالأداء من صاحب الحق - والأرجح فى كتب ظاهر الرواية أن القول قول من ينفى الخلوة أو الدخول والبينة بينة من يدعى ذلك . وهذا تؤيده أيضًا القواعد العامة ، فإن من هذه القواعد المقررة أن القول قول من يشهد له الظاهر وهو لمن ينفى الخلوة ، وأن البينات شرعت للإثبات لا للنفى ، وأن اليمين إنما هى على النفى لا على الإثبات (١).

الخلوة الصحيحة هى أن يجتمع الزوجان فى مكان أمين من إطلاع الغير عليهما بغير إذنهما ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسى كالمرض أو طبيعى كوجود ثالث أو شرعى كحيض وصوم فرض - فإذا فقد شرط من هذه الشروط كانت الخلوة فاسدة غير صحيحة . والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح تشارك الوطء فى أحكام كثيرة منها وجوب العدة وجميع المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية والخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح تشارك الخلوة الصحيحة والوطء فى النكاح الصحيح فى وجوب العدة وذلك للإحتياط لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد ، إما لكونها حق الشارع فلأن الزوجين لا يملكان إسقاطها ، وإما لكونها حق الولد فللحديث : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره) والمقصود هو رعاية نسب الولد (٢) .

إذا طلق الزوج زوجته ، قال طلقتها قبل الدخول والخلوة ، وقالت بعد الخلوة ، فالقول لها فى وجوب العدة عليها ، وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل إبنتها وأربع سواها وأختها للحال ، والبينة بينتها ، فإذا ثبتت الخلوة بالبينة مع دلالة العرف السائد من إختلاط الزوجين بمجرد

---

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥١/١١/١٦ - المحاماة الشرعية السنة ٢٠-العدد ٩ - ص٦٨١ .

(٢) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٥٣/٤/٢٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ العدد ١ص١١٦ .

العقد وجبت لها نفقة وتأكد لها كل المهر [١] .

الطلاق لمن أخذ بالساق ، والزوج يملك إيقاع الطلاق بالحق المستبقى له من كتاب الله الكريم وسنة نبيه عليه أفضل الصلاة والسلام ، إلا أن الصفة التى يدلى بها المنشأة قد ينفك عنه أحياناً إذا قام الدليل على خلافها ، كأن يدعى عدم الدخول فى هذه الحادثة ، فيثبت العكس أو يدعى وقوعه على مال فيعجز ، فيقع مجرداً وليس فى وسع الموثق إلا إثبات ما ينشئه المطلق ، وللقضاء أن يقرر ما تظهره الأدلة على خلاف ما أنشأه ، فإذا ثبت الدخول وجب الإعتداد وجوب نفقة عدتها وإستمرار حق المطالبة بما فرض لنفقة عدتها [٢] .

ولكنهم إختلفوا بالنسبة لمن إختلى بها :

فيرى الحنفية والمالكية والحنابلة – أنه إن إختلى بها ولم يصبها ثم طلقها فعليها العدة تماماً كالمدخول بها .

ويرى الشافعية – أنه لا أثر للخلوة .

إن كل فرقة بين الزوجين – ما عدا الموت – تعتد بها المطلقة عدة طلاق سواء أكانت بخلع أو لعان أو بفسخ بعيب أو إنفساخ برضاع أو إختلاف الدين .

وإتفق الفقهاء على وجوب العدة على المطلقة بعد الدخول – وأنها تعتد بواحد من ثلاثة :

(أ) تعتد بوضع الحمل ، لقوله تعالى : « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » – وإذا كان الحمل أكثر من واحد فلا تخرج من العدة إلا بوضع الأخير بالإجماع .

(ب) تعتد بثلاثة أشهر هلالية – وهى التى بلغت ولم تر الحيض ابداً،

---

(١) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٢/٤/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ العدد ١ ص١١٦ .

(٢) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٣/٦/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤– العدد ١ – ص٩ .

والتى بلغت سن اليأس – وحد اليأس عند المالكية سبعون والشافعية إثنتان وستون على الأصح – وعند الإمامية ستون الترشية وخمسون لغيرها .

أما بالنسبة للزوجة التى لم تبلغ تسع سنوات كاملة والمدخول بها فقد إختلف الفقهاء فى وجوب العدة عليها :

فذهب الحنفية – إلى أنه تجب عليها العدة .

وذهب المالكية والشافعية – إلى أنه تجب العدة على الصغيرة إذا كانت تطيق الوطء .

وذهب الحنابلة – إلى أن العدة لا تجب على من لم تكمل التسع وإن طاقت الوطء .

(جـ) تعتد بثلاثة قروء – وهى من أكملت التسع فما فوقها ولم تكن حاملاً ، ولا آيسة وكانت من ذوات الحيض بالإتفاق .

ويرى المالكية والشافعية – أن القرء هو الطهر ، فإذا طلقها فى آخر لحظة من طهرها إحتسب من العدة وأكملت بعده طهرين .

ويرى الحنفية والحنابلة – أن القرء هو الحيض ، فلابد من ثلاث حيضات بعد الطلاق ، ولا يحتسب حيض طلقت فيه .

وإذا أخبرت المطلقة التى إعتدت بالإقراء بإنقضاء عدتها تصدق إذا مضت مدة تحتمل إنقضاء العدة . وأقل ما تصدق به المعتدة بالإقراء ٢٦ يوماً عند الإمامية و٢٩ يوماً عند الحنفية (١) .

وقد قضى (٢) بأن المفتى به فى مذهب أبى حنيفة أن حد إياس المرأة خمس وخمسون سنة ، وقيل الفتوى على خمسين ، وشرطه أن ينقطع

---

(١) بأن يقول أنه طلقها فى آخر طهرها ويقدر أقل مدة للحيض وهى ثلاثة أيام أقل مدة للطهر وهى ١٥ يومًا ، فثلاث حيضات بتسع أيام يتخللها طهران بثلاثين يومًا فيكون المجموع ٣٩ – الزواج والطلاق – للأستاذ محمد جواد مغنية – ص١٦٨ وما بعدها.

(٢) نقض – جلسة ١٩٧١/١/٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ١ – مدنى – ص٧٢ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٦١/٥/١٢ – المرجع السابق – السنة ١٢ – ص٦٦٢ وما بعدها .

الدم عنها لمدة طويلة وهي ستة أشهر في الأصح ، سواء كان الإنقطاع قبل مدة الإياس أو بعد مدته ، فإن هي بلغت الحد وإستوفت الشرط حكم بإياسها وإعتدت بثلاثة أشهر ، فإن عاودها الدم على جاري عادتها قبل تمام هذه المدة ، إنقضت عدة الأشهر وإستأنفت العدة بالإقراء ، وأن القول في إنقضاء عدة المرأة هو قولها بإنقضائها في مدة تحتمل الإنقضاء في مثلها[1] ، وهو ما إختارته لجنة وضع قانون الأحوال الشخصية حيث نصت في البند الثالث من المادة ١٦٠ من مشروع القانون على أن « من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاثة أشهر إن كان الحيض قد إنقطع عنها ستة أشهر قبل الخمسين أو بعدها .

(٢) عدة الوفاة :

٢٢٩– إتفق الفقهاء على أن عدة المتوفى عنها زوجها وهي غير حامل اربعة أشهر وعشرة أيام . كبيرة كانت أو صغيرة ، أيسة أو غير أيسة ، دخل بها أو لم يدخل – لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصون بأنفسهن أربعة أشهر وعشر » .

هذا إذا جزمت بأنها غير حامل . أما إذا ظنت أو إحتملت الحمل فعليها الإنتظار حتى تضع حملها أو يحصل الجزم بعدم الحمل .

وإتفق الفقهاء على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها كبيرة كانت أو صغيرة ، مسلمة وغير مسلمة – عدا الحنفية فإنهم ذهبوا إلى عدم وجوبه على الذمية والصغيرة لأنهما غير مكلفتين .

ومعنى الإحداد أن تتجنب المرأة الحادة على زوجها كل ما يحسنها ويرغب في النظر إليها ويدعو إلى إشتهائها ، وبيان ذلك مرجعه إلى أهل العرف .

---

(١) وإنقضاء العدة برؤية الحيض ثلاث مرات كوامل يثبت عن طريق يمين توجه إلى المطلقه بأنها لم تر دم الحيض ثلاث مرات كوامل وإنها لا زالت في العدة وتستحق على المطلق نفقة عدة وأنه مبطل في إدعائه فإذا حلفتها رفضت الدعوى ، وإذا إعتبرت ناكلة عن حلفها قضى بإبطال المقرر لنفقتها ، وهذه اليمين لا تقبل الرد وفقاً للأصول الشرعية (إدفو الجزئية جلسة ١٩٦٢/٢/٢٦ – القضية رقم ٦٧ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس) .

وتبدأ عدة الوفاة من بلوغ الزوجة الخبر إذا كان الزوج غائباً . أما إذا كان حاضراً وإفترض عدم علمها بموته إلا بعد حين فمبدأ العدة من حين الوفاة على ما هو المشهور بين فقهاء الإمامية

(٣) عدة وطء الشبهة :

٢٣٠- يذهب الحنفية إلى أن العدة تجب وطء الشبهة وبالعقد الفاسد دون الباطل ، ويذهب المالكية إلى أن تستبرىء المرأة بقدر العدة ثلاثة قروء . وإن لم تحض فبثلاثة أشهر وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل .

ومهما يكن فإذا مات الواطىء بشبهة فلا تعتد المرأة عدة وفاة ، لأن العدة للوطء لا للعقد .

(٤) عدة الزانية :

٢٣١- يرى الحنفية والشافعية - أنه لا تجب العدة من الزنا ، لأنه لا حرمة لماء الزاني فيجوز العقد على الزانية ووطؤها وإن كانت حاملاً - ويضيف الحنفية : أنه يجوز ، العقد على الحبلى من الزنا من غير أن يطأها بل تترك حتى تلد .

ويرى المالكية - أن الوطء بالزنا كالوطء بشبهة تستبرىء بقدر العدة ، إلا إذا أريد إقامة الحد عليها ، فإنها تستبرىء بحيضة واحدة .

ويرى الحنابلة - أنه تجب العدة على الزانية كما تجب على المطلقة .

(٥) عدة الكتابية :

٢٣٢- إذا كانت الكتابية زوجة لمسلم فحكمها حكم الزوجة المسلمة من حيث وجوب العدة عليها والإحداد فى عدة الوفاة بالإتفاق بين الفقهاء .

أما إذا كانت زوجة لكتابى مثلها :

فيرى الحنفية - أن لا عدة على غير المسلمة المتزوجة بغير المسلم .

يرى الشافعية والمالكية والحنابلة - أنه تجب العدة ولا يجب الحداد فى عدة الوفاة

مكان العدة :

٢٣٣ – إتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعياً تعتد فى بيت الزوج لا يجوز خروجها ولا إخراجها منه .

وإختلفوا فى المطلقة طلاقاً بائناً :

فيذهب فقهاء المذاهب الأربعة – إلى أن تعتد المطلقة فى بيت الزوج كالرجعية دون فرق لقوله تعالى : « ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

أصول شرعية فى العدة :

(١) المقرر شرعاً وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفى ، ولو لم يكن قد دخل بها ، ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام .

(٢) إذا كان الثابت أن المطلق عقد على مطلقته عقداً جديداً حين لم تكن عدتها قد إنقضت منه ، فإن ذلك يعد مراجعة لها فى الواقع لما هو مقرر شرعاً من أن للزوج أن يراجع زوجته بعد الطلاق الرجعى مادامت فى العدة بإرادته المنفردة ودون الرجوع إليها .

(٣) المقرر شرعًا أن المرأة أمينة على نفسها ، وأن القول قولها فى خصوص رؤية دم الحيض لأنه لا يعرف إلا من جانبها ، ومن ثم كان طلب إثبات رؤية الحيض ثلاث مرات كوامل فى فترة معينة عن طريق ندب طبيب غير منتج ، وأن السبيل إلى ذلك هو يمين المرأة ، إذ أن الطبيب لا يستطيع الجزم بهذه الرؤية .

(٤) المقرر شرعًا أنه لا يحل للمطلقة أن تتزوج بأخر طالما كانت فى العدة ، كما لا يحل خطبتها لآخر لا تصريحًا ولا تلميحًا ، ولكنها تحل لمطلقها ، فإن كان طلاقها رجعيًا فإن له مراجعتها وهى فى العدة بإرادته المنفردة وبغير عقد جديد وإن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى فإن له أن يعقد عليها دون إنتظار مدة العدة أما إذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى فإنه لا يحق له مراجعتها إلا بعد أن تنكح رجلاً غيره بعد أن تكون عدتها قد إنقضت من زوجها الأول ، ثم يطلقها الثانى وتنقضى عدتها منه وعندئذ

يحق لزوجها الأول أن يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين وبإذنها ورضاها

(٥) المقرر شرعاً أن الطلاق يقع فور النطق بلفظ سبق من مادة الطلاق أو ما فى معناه ، وعندئذ يجب على الزوجة أن تعتد ، وتعتبر الزوجة فى العدة من ذلك الوقت ، وليس بشرط عند الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين أن تعلم الزوجة بوقوع الطلاق وعلى هذا فإن العدة قد تبدأ وتنتهى والزوجة لا تعلم وقد ذهب الزيدية إلى أن من طلقها زوجها أو مات عنها أو فسخ زواجها لزمتها العدة من وقت العلم بالطلاق لا من وقت وقوعه . ويرى الشيعة الجعفرية أن المطلقة تعتد من الطلاق إذا ثبت بحجة شرعية ، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً ، أما إذا لم يثبت ولكنها علمت به، فإنها تعتد من وقت العلم به . وأياً كان الرأى فى مبدأ العدة ونهايتها . وسواء أكانت بدايتها من وقت العلم بالطلاق أم من وقت وقوعه ، فإن القانون المعمول به الآن يعتبر مبدأ العدة من وقت وقوع الطلاق سواء علمت به الزوجة أو لم تعلم . ومع ذلك فإن علماء مذهب أبى حنيفة المعمول به الآن فى محاكم الأحوال الشخصية يقررون فى إجماع تام : أن من يخفى طلاق زوجته عنها فإن عدتها تمتد كعقوبة للزوج على إخفاء طلاقه لزوجته .

(٦) المقرر شرعًا أن الطلاق لا يزيل الملك ولا الحل ولا ترتفع به آثار عقد الزواج قبل مضى العدة ، فإذا مات أحد الزوجين قبل إنقضائها ورثه الزوج الآخر ، سواء أكان الطلاق فى حالة صحته أم فى مرضه ، وسواء أكان الطلاق رضاء أم كرهاً كما أن المقرر شرعًا أن القول للزوجة بوفاة زوجها وهى فى العدة لأن ذلك لا يعرف إلا من جانبها وهى مصدقة فى قولها إلى سنة تالية على الطلاق .

(٧) المقرر شرعاً أن الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة يقع بائناً ، فلا يرث أحد الزوجين الآخر لوفاة أى منهما خلال العدة من ذلك الطلاق ، لأن العدة فى الطلاق قبل الدحول وبعد الخلوة شرعت للإحتياط ومحافظة على الأنساب .

(٨) المقرر شرعًا أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيًا . ثم مات قبل

إنقضاء عدتها منه ، فإنها تبطل ، وعليها أن تبدأ عدة الوفاة ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، إعتباراً بأن المطلقة رجعياً تعد زوجة من كل الوجوه طالما كانت فى العدة بدليل أنهما يتوارثان ، كما أن المقرر شرعاً أنه إذا إنتهت الزوجية بالوفاة ، كان على الزوجة أن تعتد عدة الوفاة إعتباراً من تاريخ الوفاة ، فإن كان الطلاق بائناً فإن على المطلقة أن تكملها لأن الزوجية بينهما كانت منقضية ومنقطعة من كل وجه بالطلاق البائن ولم تنته بالوفاة ، إلا إذا كان قد طلقها فى مرض الموت وتحققت شروط الفرار من إرثها وورثت منه بالفعل ، فإنها عندئذ تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة.

(٩) المقرر شرعاً وطبقاً للراجح فى مذهب أبى حنيفة الواجب الإعمال فى محاكم الأحوال الشخصية أن سن اليأس حدها الأدنى خمسة وخمسون عاماً ، وأنه لا يقبل الإدعاء ببلوغ الزوجة سن اليأس إذا كان سنها أقل من ذلك ، وأن عدة من بلغت سن اليأس ثلاثة أشهر .

هل يمكن الطلاق بالتليفون ؟

٢٣٣ مكرر – يحدث أن يتحدث الزوج إلى زوجته من خلال التليفون (الهاتف) ، وتزيد حدة الحديث ، ويوقع الزوج الطلاق على زوجته بلفظه الصريح الدال عليه ، فهل يقع طلاقه ؟

والإجابة على التساؤل ، أنه متى تلفظ الزوج بالطلاق ، وكان أهلاً للطلاق ، وكانت الزوجة محلاً له ، فقد ترتب عليه أثره وهو وقوع الطلاق، سواء أكان ذلك فى التليفون أو غيره ، لأن الحديث التليفونى يحدث به ركن الطلاق ، متى كان الزوج غير مكره .

كذلك يقع الطلاق ببرقية ، أو برسالة أو فى شريط مسجل ... ونحوها .

فالطلاق يقع من جانب واحد ولا يحتاج إلى قبول والعبرة بإثبات حصوله .

أحكام قضائية أخرى فى طلاق أهل الذمة ، والجهة المختصة بإيقاعه :

٢٣٤ – إن مؤدى نص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ –

وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما إختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ أن يخالف ما إستقر عليه قضاء المحاكم الشرعية فى هذا الشأن ، وهى التى تختص بالفصل فى المنازعات بينهم بإعتبارها صاحبة الإختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية ، فإستبقى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دفعًا للحرج الذى قد يحدث عند الطلاق فى حالة ما إذا كان الزوجان لا يدينان بوقوعه ، وتنص الفقرة السابعة منها على أن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، ولا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على إختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، ذلك أن المقصود من الفقرة المشار إليها أن يكون الطلاق مشروعًا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى ، وأنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند إختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق ، إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك (١) . فشريعة الأقباط الأرثوذكس تجيز طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته إخلالاً جسيمًا أدى إلى إستحكام النفور بينهما وإنتهى الأمر فإفتراقهما ثلاث سنوات متوالية (٢) . والعنة فى الرجل السابقة على الزواج مانع من موانع إنعقادها فى شريعة الأقباط الأرثوذكس بحكم الحق الطبيعى نفسه ، وهى مانع يتصل بأمر واقع لا يرتفع برضا الطرف الآخر (الزوجة) (٣) ، وإستحكام النفور بين الزوجين يجيز الحكم بالتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، متى كانت النتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيمًا بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، وكذلك الأمر إذا كان الخطأ راجعًا إلى كل من الزوجين لتصدع

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - مدنى وأحوال - ص٩٦

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/٢٢ - المرجع السابق - العدد ٢ - ص٦٧٢

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٢٧ - المرجع السابق - ص٩١٤

الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما (١) ، فتجيز مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فى المادة ٥٧ منها ، تجيز طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً أدى إلى إستحكام النفور بينهما ، وإنتهى الأمر بإفتراقهما ثلاث سنين متوالية ، على أن لا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق لا يستفيد من خطئه (٢) كما تنص المادة ٤٥ مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه : يقضى أيضاً بالطلاق إذا قصّر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر (٣) ، وتنص المادة ٥٢ على أنه:

« كذلك يجوز الحكم بالطلاق إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل إشتراكهما فى المعيشة مستحيلاً » ، ومفاد النص الأول انه يجوز الحكم بالطلاق لتنفير أحد الزوجين فى تقديم المعونة والحماية للزوج الآخر، ويجيز النص الثانى القضاء بالطلاق إذا إستحكم النفور بين الزوجين بصورة يستحيل معها إمكان التوفيق . وتنص المادة ٦ من مجموعة الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه : « إذا رفع طلب الطلاق لأى سبب كان . هذا السبب المنصوص عليه فى المادة ٣٩ فللمحكمة ألا تحكم مباشرة به ولو كان الطلب على حق ، وفى هذه الحالة تأمر بإنفصال الزوجين ، أو تبقى هذا الإجراء إذا كان سبق لها إتخاذه ، وذلك لمدة لا تزيد على سنة ، ويتعين على المحكمة أن تأمر أولاً بإنفصال الزوجين لمدة سنة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٥٢» فإذا إنقضى الأجل الذى حددته المحكمة دون أن يتصالح الزوجان ، كان لكل منهما أن يعلن الآخر

---

(١) نقض – جلسة ١٠/٥/١٩٧٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٨٤٢ .

(٢) نقض – جلسة ٢٤/٥/١٩٧٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢– مدنى أحوال – ص١٠٠٤ ، وبحث آثار الطلاق فى شرائع غير المسلمين للدكتور جميل الشرقاوى – المحاماة – السنة ٤١ – العدد ٢– ص٢٢٣ وما بعدها .

(٣) نقض – جلسة ٢٧/١٢/١٩٧٢ – المرجع السابق – العدد ٣ – ص١٤٧٩ .

بالحضور إلى المحكمة لسماع الحكم بالطلاق » (١) .

المقرر فى شريعة الأقباط الأرثوذكس أن الجنون بنوعيه سواء أكان مطبقاً أو متقطعاً يبطل الزواج إن كان سابقاً على إنعقاده وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ولو رضى به الزوجان . فإن طرأ الجنون بعد الزواج وكان جنوناً مطبقاً وغير قابل للشفاء ، فللطرف الآخر الحق فى طلب فسخ عقد الزواج ، وذلك بالتطبيق لحكم المادتين ٢٦و٤٠ من التقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس .

إن إستحكام النفور بين الزوجين الذى يجيز الحكم بالتطليق يجب أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالاً جسيمًا بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، على الا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق وحده حتى لا يستفيد من خطئه ، فإذا كان الخطأ راجعًا إلى كل من الزوجين وإستحالت الحياة بينهما ، فإنه يجوز التطليق فى هذه الحالة أيضاً لتحقق ذات السبب وهو تصدع الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة (٢) .

تنص المادة ٤٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس على أنه :« يقضى أيضًا بالطلاق إذا قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر » ، وتنص المادة ٥٢ على أنه :« كذلك يجوز الحكم بالطلاق إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل إشتراكهما فى المعيشة مستحيلاً »

---

(١) تراجع الأحكام العديدة المنشورة فى محيط المبادىء الحديثة فى الأحوال الشخصية – للأستاذ محمد حلمى عبد العاطى – طبعة ١٩٥٧ – ص٢٦٦ وما بعدها ، وقضاء الأحوال الشخصية نفسًا ومالاً – للمستشار صالح حنفى – طبعة ١٩٦٨ – ص٢٠٣ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين – للمستشار محمد الدجوى –ص٢٣٠ وما بعدها ، ومصر الشرعية – جلسة ١٩٤١/٥/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢ – العدد ٩و١٠ – ص٥٦ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢ – مدنى وأحوال – ص٨٤٣ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ – المرجع السابق – ص١٠٠٢ وما بعدها .

ومفاد النص الأول أنه يجوز الحكم بالطلاق لتقصير أحد الزوجين فى تقديم المعونة والحماية للآخر، ويجيز النص الثانى القضاء بالطلاق إذا إستحكم النفور بين الزوجين بصورة يستحيل معها إمكان التوفيق (١) .

أهلية الزوجة فى خصومة التطليق :

المقرر شرعًا أنه متى بلغت الأنثى بالعلامات أو بالسن وهى خمسة عشر عامًا كانت أهلاً للمخاصمة ، تقيم الدعاوى الشرعية وتقام عليها ، كما أنه يحق لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها ، وأن تقبض مهرها بنفسها، ومؤدى ذلك أن لها أن ترفع الدعاوى فى كل شأن من شئون زواجها ، فإذا كان لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها فإن لها كذلك أن تتولى الخصومة بشأن حله ، ولا إعتبار فى هذا المقام لما هو مقرر قانونًا من أن سن الرشد المالى إحدى وعشرين سنة ميلادية ، فهذا خاص بسن الرشد المالى وأحكام الولاية على المال ، أما الولاية على النفس فلا يزال العمل فيها طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التى ترتبط فيها السن برؤية العلامات أو ببلوغ خمسة عشر عاماً .

الطلاق بحكم القاضى :

٢٣٤مكرر– شرع الطلاق أصلاً ليكون بيد الزوج يستعمله فى أى وقت متى كان أهلاً لإيقاعه ، وقد يكون التطليق بحكم القاضى بناء على طلب الزوجة . وهو يكون فى خمس صور ، نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على إثنتين منهما هما : التطليق لعدم الإتفاق ، والتطليق للعيب ، ونص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الثلاث صور الأخرى وهى : التطليق للضرر ، والتطليق لغيبة الزوج بلا عذر والتطليق لحبسه (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٣– مدنى وأحوال – ١٤٧٩ .

(٢) أهم المراجع : رسالة La repudiation dans le droit positif de L'Islam – الدكتور مصطفى الرافعى – جامعة باريس – طبعة ١٩٥٠ ص٦٤ وما بعدها ، والأحوال الشخصية – للشيخ عبد الوهاب خلاف – طبعة ١٩٣٥ – ص١٢٢ وما بعدها ، وحقوق المرأة – للأستاذ حسنى نصار – ١٩٥٨ ص٤٢٠ وما بعدها ، والزواج =

وسنفصل هذه الصور فى الفروع الخمسة التالية ، مقدمين لكل حالة بمذاهب الفقه ، وما كان ينظمه العمل قبل صدور القانونين المذكورين تعميماً للفائدة .

الفرع الأول

التطليق لعدم الإنفاق

٢٣٥- نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعاً .

والزوج إما أن يكون موسراً وإما أن يكون معسراً .

فإن كان له مال ظاهر نفذت الزوجة حقها فى النفقة منه حاضراً كان الزوج أم غائباً وليس لها من بعد طلب التفريق لتمكنها من الحصول على حقها فى النفقة ، وذلك بالإتفاق بين الفقهاء .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر (مجهولاً كان أم أخفاه الزوج عنها) ففى المسألة رأيان :

رأى - يقول بأن ليس لها فى هذه الحالة سوى طلب حبسه (الحنفية).

ورأى - يقول بجواز طلب التفريق (الجمهور) .

ودليل الحنفية أن التفريق تفويتاً لحق الزوج وإبطاله ، وفى عدم الإتفاق تأخير حق الزوجة . وتفويت الحق وإبطاله أكثر ضرراً من تأخير الحق

= والطلاق - للأستاذ محمد جواد مغنية - طبعة بيروت ١٩٦٠ - ص١٩٠ وما بعدها ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية - للقاضى أنور العمروسى - طبعة ١- ١٩٦٢ - ص٣٦١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى - طبعة ١٩٦٥ - ص٤٥٩ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للمصريين المسلمين للمستشار محمد الدجوى طبعة ١٩٥٩ - ص٢٥٠ وما بعدها ، والمرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمستشار صالح حنفى - جزءان . وقضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفى - طبعة ١٩٦٨ وبحث : الطلاق بحكم القاضى - أنور العمروسى - المحاماة - السنة ٥٠ - العدد ٦- ص٩١ وما بعدها .

فيرتكب أخف الضررين . ودليل الجمهور الآية الآتية « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وإمتناع الزوج عن الإنفاق إمساك بغير المعروف فيتعين التفريق .

وأما إذا كان الزوج معسراً – فإما أن ترضى الزوجة بالمقام معه رغم إعساره وإما أن لا ترضى .

فإن رضيت فلا تطليق ولا فسخ بالإتفاق .

وإن لم ترض ، ففى المسألة آراء ثلاثة :

الأول – يقول بالتفريق بينهما وللزوجة حق طلب التفريق من القاضى (جمهور الفقهاء ، ومن الصحابة عمر وعلى وأبى هريرة) .

والثانى – يقول بعدم التفريق ولو لم ترفض الزوجة المقام (أبو حنيفة، وعطاء ، والزهرى ، وإبن شبرمة ، والثورى) .

والثالث – للزوجة طلب التفريق إن كان قد غرها . وليس لها ذلك إن لم يكون قد غرها أو كانت تزوجته عالمة بإعساره . أو كان موسراً ثم أعسر (إبن القيم) .

وكان العمل بالمحاكم يجرى على مذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأخذت جملة أحكامه من مذهب مالك .

٢٣٦ – أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى التطليق لعدم الإنفاق:

تناولت أحكام التطليق لعدم الإنفاق المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد نصت المادة ٤ على أنه :

« إذا إمتنع الزوج على الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة على اله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال ، وإن إدعى العجز . فإن لم يثبته طلق حالاً ، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر وإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

تضمنت المادة الرابعة حالات التطليق المبنى على عدم الإنفاق ، وليس للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة المحكوم بها للزوجة . وهذه الحالات ثلاثة :

١- أن يتصادق الطرفان على إعسار الزوج أو تنكرة الزوجة ويثبته الزوج وعندئذ يمهل الزوج مدة شهر لكى يقوم بالإنفاق على زوجته ، فإن أنفق فيها ، وعندئذ يقضى برفض الدعوى ، وإن لم يقم بالإنفاق طلق عليه القاضى .

٢- أن يدعى الزوج أنه معسر ولم يثبته بمصادقة أو بينة ، فيطلق القاضى عليه فى الحال .

٣- أن يسكت الزوج فلا يقول إنه معسر أو موسر : أو يقول أنه موسر ويصر على عدم الإنفاق فيطلق القاضى عليه فى الحال .

ونصت المادة ٥ على أنه :

« إذا كان الزوج غائبًا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى قبل مضى الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى . وتسرى هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » .

وهذه المادة تضمنت القواعد التالية :

١- إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة (١) وكان له مال ظاهر نفذت الزوجة

---

(١) تعتبر غيبة الزوج قريب إذا كان فى مكان يمكن إيصال الإعلان إليه فى مدة لا تزيد على تسعة أيام وتعتبر بعيدة إذا كانت خلاف ذلك ، وراجع رسالة الدكتور مصطفى الرافعى - باريس - طبعة ١٩٥٠ - ص٦٤ وما بعدها ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية - للقاضى أنور العمروسى - طبعة ١ - ١٩٦٣ - ص٢٦١ وما بعدها ، والأحوال الشخصية - للشيخ محمد زكريا البرديسى =

حكم النفقة الصادر لها عليه فى هذا المال .

٢- إذا غاب غيبة قريبة ولم يكن له مال ظاهر ، وطلبت الزوجة من القاضى أن يطلقها عليه ، وثبت للمحكمة قيام الزوجية وعدم وجود مال ظاهر للزوج وأنه تركها بلا نفقة ولا منفق وأنه غائب تحدد له أجلاً تراه مناسباً وتنص فى قرارها هذا السابق على الفصل فى الموضوع بأنه إذا لم يرسل خلال الأجل الذى حددته ما تنفق الزوجة منه النفقة الحاضرة الواجبة عليه أو لم يحضر إليها تطلق عليه ، وتكلف المحكمة قلم الكتاب بأن يعلن الغائب بصورة من هذا القرار وتحدد لنظر طلبات الزوجة جلسة مقبلة فإذا إنقضى الأجل المحدد للإعلان دون أن يرسل الزوج لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر هو للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت عليه .

٣- أما إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ولم يترك لزوجته نفقة ولا منفق ولم يكن له مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه ، فبعد أن تتحقق المحكمة من قيام الزوجية ومن غيبة الزوج ومن عدم وجود مال تطلق عليه .

٤- أما إذا غاب الزوج ولم يعلم مكانه ولم يترك مالاً ظاهراً تنفق منه الزوجة وطلبت هى التطليق ، وأثبتت قيام الزوجية والغيبة وعدم وجود مال وعدم العلم بمكان الزوج طلقت المحكمة عليه فى الحال .

أما إذا كان الزوج مفقوداً ولم يكن له مال ظاهر تنفق الزوجة منه وطلبت التطليق وأثبتت الزوجية والعقد وعدم وجود المال طلقت المحكمة عليه (١) .

= طبعة ١ - ١٩٦٥ - ص٤٥٩ وما بعدها ، والأحوال الشخصية للشيخ عبد الوهاب خلاف - طبعة ١٩٣٥ - ص١٣٢ وما بعدها .

La repudiation dans le droit positif de L'Islam.

(١) دمياط الكلية الأحوال الشخصية - الدائرة الأولى - جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ - القضية ٤٧ - سنة ١٩٧١ أحوال كلى ، والقضية ٢ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى بذات الجلسة والقضية ١١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى بذات الجلسة ، والقضية ١٥ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى بذات الجلسة ، وجلسة ١٩٧٣/٣/٣١ - القضية ٥٨ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى .

٥- أما إذا كان الزوج مسجوناً ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه وطلبت الزوجة من المحكمة التطليق عليه لإعساره ، وأثبتت عناصر دعواها على الوجه المقدم ضربت المحكمة للزوج أجلاً وأعذرت إليه حسبما تقدم فى الحالة الثانية .

ويلاحظ أن قواعد الإثبات الخاصة بعناصر الدعوى تقوم بالنسبة للزوجية على وثيقة رسمية عملاً بالمادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وبالنسبة لباقى العناصر وهى وقائع مادية جائز إثباتها بطريق الإثبات القانونية كافة بما فيها البينة فتثبت بالبينة وفقًا لأحكام قانون المرافعات وقانون الإثبات ، وأن يسبق إجراء التحقيق صدور حكم تمهيدى قبل صدور الحكم القطعى الحاسم للخصومة .

ونصت المادة ٦ من القانون المذكور على أن :

« تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيًا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة » .

وقد تضمنت هذه المادة بيان حكمين :

١- إن الطلاق الذى توقعه المحكمة لعدم الإنفاق طلاق رجعى يجوز للزوج أن يراجع فيه ما دامت الزوجة فى العدة :

٢- أنه يجوز للزوج أن يراجع زوجته بشرطين :

(أ) ثبوت يساره بحيث يظن قدرته على إستدامة الإنفاق عليها نفقة مثلها .

(ب) إستعداده للإنفاق عليها نفقة مثلها .

فإذا لم يتوافر الشرطان لم تصح الرجعة .

وقد قضى(١) بأن الحكم بنشوز الزوجة لا يمنعها من أن تطلب إلى

---

(١) الزقازيق الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٥/١٥ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ٩و١٠ - ص٤٣٤ .

المحكمة التطليق بالمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقد يكون النشوز ناشئاً عن حالة تدفعها ولا تستطيع معها دوام العشرة – فإذا طال أمد النزاع بين الزوجين وإستحكم الخلاف وبدا للمحكمة أن الزوج لم يقصد من إستصداره عليها حكماً بالنشوز إلا تخلصه من النفقة وإبقائها بعد ذلك معلقة فى حبل زوجية دون رغبة صادقة فى معاشرة مبناها المودة والرحمة ، كان ذلك عاملاً من عوامل التفريق وإذا تعذر على المحكمة إجراء التحكيم بين الزوجين بفعل الزوج كان دليلاً على إساءته وكافياً للتفريق بينهما بطلقة بائنة .

إمتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته لا يجيز لها طلب التطليق منه بائناً للضرر ، بل تطبق عليه المادتان الرابعة والخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ – فإذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب التطليق بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها طبقاً للمادة ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – أما إذا هجرها وترك معاشرتها مع وجوده فى البلدة التى تقيم فيها وتضررت من ذلك ، فإن ذلك يكون من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر وتطبق عليه المادة ٦ من القانون المذكور لا المادة ١٢ منه (١) .

٢٣٦ مكرر – هذا ، ويشترط لصحة ونفاذ الرجعة فى حكم التطليق لعدم الإنفاق ، شرطان :

الأول – أن تكون المطلقة فى العدة .

الثانى – أن تثبت قدرة الزوج على الإنفاق على مطلقته وهى فى العدة.

وإثبات الزوج ليساره وقدرته على الإنفاق لا تتأتى إلا بعرض مقدار النفقة التى كان مأموراً بها قبل صدور الحكم – عرضاً حقيقياً على يد محضر ، وأن يتم العرض قبل إنقضاء العدة ، ولما علمت فإن أقل مدة العدة هى ستون يوماً ، فإذا قررت الزوجة أنها رأت دم الحيض ثلاث مرات

---

(١) منوف الشرعية جلسة ١٩٥٢/٣/٦ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٢٣ ، العدد ٨ – ص٤٢٤ .

كـوامل خـلال السـتين يومـًا ، فإن عـدتهـا تنقـضـى بهـذا الإقـرار ، لأن المقـرر شـرعـًا أن رؤية الحيض لا يعلـم من جانبها وحدهـا .

فالتطليق لعدم الإنفاق يقع رجعياً .

الفرع الثانى

التطليق للعيب

٢٣٧- من الفـقـهـاء من ضـيـقـوا دائرة العـيـوب الـتى توجب لأحـد الزوجين طـلـب التـفـريق إذا أصـابت الآخـر عـيـوب ، والبـعـض منـهـم وسـع دائرتها ، والبعض الثالث لم يعتبرها سبباً موجباً للتفريق (١) .

وهـم فى ذلك ينقسمون إلى آراء ثلاثة:

الأول - يقـول بمنع طلب التفـريق مطلقاً ، إذ لا خـيار لأحـد الزوجين إذا ما وجد بالآخر عيباً من العـيوب كالـجذام ، والبرص ، والـجنون والقرن .. إلخ (الظاهرية) .

الثانى - يجيز طلب التفريق لعيوب خاصة ، وهـم فريقان :

فـريق - يقول بأن لا تفـريق إلا لـعـيوب خـاصـة فى الرجل (الـحنفيـة) - وإختلف فقهاء الـحنفية فى عدد هـذه العيوب .

فيحددهـا أبو حنيفة وأبو يوسف : بالجب ، والـخصـاء ، والعنة .

---

(١) الأحـوال الشـخـصـية - للـشيخ عـبد الوهاب خـلاف - ص١٢٥ ، وحـقـوق المرأة - للأسـتاذ حـسنى نصـار - ص٢٢ والمرجع الوافى فى قضـاء الأحـوال الشـخـصـيـة - للقـاضـى أنور العـمـروسى - ص٢٦٣ - والأحـوال الـشـخـصـيـة - مـحـمـد زكـريا البـرديسـى - ص٤٦٩ - والأحـوال الشـخـصـيـة للمـسـتـشـار مـحـمـد الدجـوى ، ص٩٢٦.

La Repudiation dans le Droit positif de l'Islam.

- رسالة - الدكتور مصطفى الرافعى - ص٨٧ - جامعة باريس ١٩٥٠ .

وحددها محمد - بالجب ، والخصاء ، والعنة ، والجنون ، والجذام ، والبرص

إن هذه العيوب تحدث النفرة وتلحق ضرراً بالزوجة ويجب رفعه لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » .

وإتفق الفقهاء على أنه إذا وجدت هذه العيوب بالمرأة فليس ثمة ما يدعو الزوج إلى طلب التفريق لأنه يستطيع أن يطلقها رفقاً بالمرأة ويشترط الحنفية لكى تطلب الزوجة التفريق بسبب عيوب الجب والخصاء والعنة الشروط التالية :

١- الا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ولو مرة واحدة .

٢- الا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح .

٣- الا ترضى بالعيب بعد علمها به ، وألا تصرح برضاها بالبقاء معه على تلك الحال ، وألا يكون سكوتها رضا بالعيب .

٤- الا يكون بالزوجة عيب يمنع من الإتصال الجنسى بها كالرتق (١) والقرن (٢) فإذا وجد بها هذا العيب لم يكن لها الحق فى طلب التفريق لأن المنع من الإتصال الجنسى الذى هو حقها قد فات بسبب من جهتها فلا يكون الزوج ظالماً فى إمساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالتفريق .

وفريق - يطلق طلب التفريق بسبب العيوب الخاصة سواء أكانت فى الرجل أو فى المرأة (الشافعية ، الحنابلة ، المالكية ، الزيدية ، والشيعة ، والجعفرية) وهؤلاء يختلفون مع الفريق الأول فى عدد العيوب التى يثبت بها حق طلب التفريق وفى أن هذه العيوب تجيز طلب التفريق سواء أكانت فى المرأة أو فى الرجل .

الثالث - يجير طلب التفريق مطلقاً (شريح ، وإبن شهاب ، والزهرى ، وأبو ثور ، وإبن القيم) .

(١) الرتق هو إنسداد موضع إتصال الرجل بالمرأة إتصالاً جنسياً .
(٢) القرن هو غدة بالمرأة تمنع الإتصال الجنسى

٢٣٨ - هل التفريق بالعيب طلاق ؟

فى المسألة خلاف ...

فيرى الحنفية والمالكية - أن طلاق القاضى عليه هو طلاق بائن ، لقوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقد فات الإمساك بالمعروف بسبب العيب فوجب على الزوج أن يطلق ، فإذا لم يطلق طلق عنه القاضى وكان طلاقه بائناً دفعاً للضرر حتى لا يعود بالمراجعة ..

ويرى الحنابلة والشيعة والشافعية والزيدية أن التفريق للعيب فسخ لإطلاق ذلك أن الفرقة تتم بإختيار المرأة ولا يد للزوج فيها ولا إختيار فلا تكون طلاقاً لأن المرأة لا تملك الطلاق أصلاً .

والراجح - ما ذهب إليه الحنفية وبه أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (م١٠) (١) .

٢٣٩ - أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى التطليق للعيب :

تناولت أحكام التطليق للعيب مواد ثلاثة هى :

٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

فقد نصت المادة ٩ منه على أنه :

« للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها معه إلا بضرر كالجنون والجزام والبرص سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق (٢) .

---

(١) الأحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى حيث يقول أن النص الشرعى يشهد للحنفية ومعقول غيرهم - ص٤٧٧ .

(٢) ويعلق الدكتور مصطفى الرافعى على المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تحت عنوان. =

ونصت المادة ١٠ منه على أنه:

« الفرقة بالعيب طلاق بائن » .

ونصت المادة ١١ منه على أنه :

« يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» .

والمستفاد من نص المادة ٩ أن العبرة بكون العيب مستحكماً ، وبرضاء الزوجة به إن كان العيب بالزوج قبل الزواج ، وبعد رضائها بالعيب بعد العلم به صراحة أو دلالة . فإن لم يكن العيب مستحكمًا ترفض دعوى التطليق . وكذلك الشأن إذا كانت قد إرتضت معاشرة الزوج بعد علمها بالعيب صراحة أو ضمناً وأن مناط ذلك حصول الضرر .

والعيوب ليست محصورة فى القانون ، فمنها عيوب مرضية كالتى وردت بنص المادة ٩ (الجنون والجذام ، والبرص) ومنها عيوب تحول دون إتيان المرأة جنسياً أو الإتصال بشهوتها ومنها (العناء ، والخصاء ، الجب) .

فالعنين – هو من لا يقدر على مباشرة النساء .

والمجبوب – هو الذى إستؤصل عضو تناسله .

والخصى – هو الذى سلت خصيتاه .

وفى حال طلب التطليق للعنة والخصاء يمهل الزوج سنة قمرية لعل فى تغيير الفصول ما يكشف عما إذا كان مرضه عارضًا أم مستحكمًا – فإذا– عادت الزوجة وادعت أنه لم يباشرها جنسياً طلق عليه القاضى طلقة بائنة .

وعلى كل حال فإنه يمكن للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة فى إثبات

= (La sélaration pour maladies contagisuses) .

قائلاً :

(L'article de cette loi prevoil les maladies contagieuses et a doptent les mêmes prescriptions que le loi attomane sur les droits de famille) .

قيام العيب وكونه عارضًا أو مستحكمًا ، ومدى ما يلحق بالزوجة من الضرر ، لأن ذلك أمر نصت عليه المادة ١١ صراحة .

وقد قضى (١) بأن عنة الرجل السابقة على الزواج مانع من موانع إنعقاده فى شريعة الأقباط الأرثوذكس بحكم الحق الطبيعى نفسه ، وهى مانع يتصل بأمر واقع لا يرتفع برضا الطرف الآخر (الزوجة) .

وقضى (٢) بأنه إذ كان يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطاعنة أقامت دعواها بطلب التطليق من زوجها المطعون ضده على سببين :

أولهما : جنونه ، وثانيهما : إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعنة مكتفياً ببحث ما ادعته الزوجة من جنون الزوج ولم يعرض لما ادعته من إضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإنه يكون قاصراً بما يوجب نقضه .

إن تطبيق قيام العنة والجب والخصاء كمانع طبيعى أو عرضى لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية ، مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها قائماً على أسباب سائغة (٣) .

الأصول الشرعية فى التطليق للعيب :

١- إذا كانت الزوجة تطلب الحكم بالتطليق على زوجها للقول بأنه مصاب بمرض تناسلى معدٍ ، وكان الزوج قد أقر بالجلسات بأنه فعلاً مصاب بهذا المرض وأنه يعالج منه ، إلا أنه دفع ذلك بأن المرض قد إنتقل إليه من زوجته إذ هو وراثى فى عائلتها كما يشهد بذلك الأطباء المعالجون ، فإن دعوى التطليق من ثم تكون مستوجبة عدم السماع ، إذ هى المتسببة فيما

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٠/٥/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – مدنى وأحوال ، العدد ٢ ص ٩١٤ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٠/١١/٤ – المرجع السابق – العدد ٣– ص١١١٤ وما بعدها .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧١/٧/١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ٣ – مدنى وأحوال – ص٩٧٢ .

أصاب الزوج ، فليس عدلاً أن يستفيد المخطىء من خطئه ، والآثم من إثمه .

٢- المقرر شرعاً أن للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها إذا وجدت به عيبًا لا يمكن شفاؤه (رائحة الفم الكريهة) ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها الحياة معه إلا بضرر .

٣- المقرر فى مذاهب المالكية والشافعية والحنفية أن العجز الجنسى الذى يصاب به الزوج بعد الدخول بزوجته لا يصلح سبباً للتفريق بينهما ، وعلى هذا قضاء المحاكم الشرعية فى الإقليم المصرى ، لأن المقرر شرعاً أن الزواج ليس علاقة جنسية فحسب ، ولا حيوية زوجية وافقة ، وإنما هو أساس العمران وسبب إستمرار الكون ، إذ يخلق بين الناس المودة والرحمة وتسكن النفوس بعضها إلى بعض .

الفرع الثالث

التطليق للضرر

٢٤٠- الضرر الذى يصدر من الزوج إما أن يكون إيجابيًا ، وإما أن يكون سلبيًا ، فالضرر الإيجابى ما يصدر من الزوج من قول أو فعل يوجب تأذى الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بين الزوجين كالضرب المبرح والسب المقذع (١) .

وقد قضى (٢) بأن الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها . والإيذاء بالقول مثل القذف والسب والتشهير والإيذاء بالفعل مثل الضرر وتبديد منقولات الزوجة وسرقة مالها ومصاغها ، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر ، ولا رقابة عليها فى ذلك

---

(١) الشيخ خلاف - ص١٣٥ - وحسنى نصار - ص٤٢٦ - ومحمد جواد مغنية - ص١٩١ - وأنور العمروسى - ص٢٧٥ - وزكريا البرديسى - ص٤٨٩ - ومحمد الدجوى - ص٢٥٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ - مدنى وأحوال - العدد - ص٤٨٢ وما بعدها .

من محكمة النقض ما دام أنها إستدلت على ذلك بأدلة سائغة .

كما قضى (١) بأن معيار الضرر شخصى لا مادى .

كما قضى (٢) بأن الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها فلا يوجب تعديه على أحد من أهلها تطليقها عليه ، ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها .

وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره إليها بأن يحضر صواحبه فى منزلها ، ولا يؤخذ الزوج بالظنة والإتهام ، بل من الأدلة القاطعة .

والضرر السلبى هو هجر الزوج الزوجة ومنعها مما تدعو إليه الناحية الجنسية وقد إختلف الفقهاء فى إجازة طلب الزوجة التفريق بالنسبة للضرر الإيجابى.

فيرى الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والشيعة ، والجعفرية – أنه ليس للزوجة هذا الحق .

ويرى مالك – أن الخيار للزوجة إن شاءت الإقامة مع زوجها والقاضى يتولى حينئذ زجر الزوج – وإن شاءت طلب التفريق ، فإن لم يطلق الزوج طلق عليه القاضى والطلقة تكون بائنة ، والأصل الذى يرجع إليه عندهم فى تقدير الضرر هو العرف والبيئة التى يعيش فيها الزوجان – ولا يطلق القاضى عند المالكية إلا إذا أثبتت الزوجة أن زوجها قد ألحق بها الضرر قولاً أو فعلاً حسب العرف والبيئة ، وثبوت ذلك يكون بالبينة وهى لا تكون إلا من رجلين فلا تقبل فيها شهادة النساء . وإن عجزت الزوجة عن إثبات دعواها رفضها القاضى . وإن تكررت الشكوى مع العجز عن الإثبات وطلبت مع ذلك التفريق بعث القاضى حكمين أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن ذلك ، فإن لم يمكن بأن لم يوجد فى أهل كل منهما من يصلح لذلك بعث أجنبيين ولا يبعث حكمًا من أهل أحدهما مع الأجنبى .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٩٧ .

(٢) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥٨/١/٣ – المجموعة الرسمية – السنة ٥٤ العدد ١و٢ – ص١٠٦ .

ويشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين رشيدين عالمين بما يطلب منهما شرعاً .

فإذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوج طلقاها عليه طلقة بائنة بلا عوض ، وإن ظهر لهما أن الإساءة من الزوجة ، كانا بالخيار بين أن يبقيا على الحياة الزوجية ويأمر الزوج بالصبر وحسن المعاملة ، وبين أن يخلعاها نظير عوض يلزمانها به وإن كانت الإساءة من الجانبين بقدر من الأذى متساو طلقاها منه بلا عوض (على قول) أو بعوض يسير (على قول أخر). وإن كانت الإساءة من الزوج أكثر طلقاها عليه بلا مال ، وإن كانت الإساءة من المرأة أكثر طلقاها بعوض لا يصل إلى صداقها . وبعد أن ينتهى الحكمان من مهمتهما يرفعان رأيهما إلى القاضى الذى يحكم بما رأياه دون مناقضة.

وأدلة الجمهور تقوم على المعقول قولاً بأن الطلاق خالص حق الزوج فلا يملك القاضى إيقاعه بغير رضاه فى غير ما نص عليه ، والعدوان من الزوج لا يقتضى التفريق لأن الحاكم يملك رفع الظلم .

بينما يستدل المالكية على نظرهم بالآية : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

وبالحديث « لاضرر ولا ضرار » ، وبأن الضرر كالعيب المثبت للخيار فيأخذ حكمه . ويرجع أستاذنا الشيخ البرديسى ما ذهب إليه المالكية، لأن معقول الجمهور لا يقف على قدميه أمام النصوص الصريحة التى إستدل بها المالكية إذ لا معقول فى مقابلة النص (١) .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب مالك (م٦، ٧، ٨، ١٠) .

أما بالنسبة للضرر السلبى ، فصوره :

(أ) هجر الزوج الزوجة – يرى المالكية انه يكون سبباً للتفريق عملاً بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » – ويرى جمهور الفقهاء أن ذلك لا

---

(١) الأحوال الشخصية – للشيخ البرديسى – طبعة ١٩٦٥ – ص٤٨٢ .

يكون سبباً فى التفريق (١) .

(ب) عدم القربان لعنة الزوج – فإما أن يقر الرجل بالعنة ، أو لا يقر – فإن أقر أمهله القاضى سنة قمرية عند الحنفية كصنيع عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقد كان التقويم عند الصحابة قمرياً ، ليتبين من مضى الزمن وتغيير فصول السنة ما إذا كان عيبه مستحكماً فيطلق عليه (عند الحنفية) ويتفق معهم الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة والجعفرية فى التأجيل خلافاً للمالكية ، أو أنه عيب عارض فلا تطليق – فإن مضت وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلب التفريق لإستمرار عجز الزوج ، فإن أقر بهذا العجز أمره القاضى بأن يطلقها فإن إمتثل فيها وإلا طلق عليه ، ويعتبر الطلاق بائناً . وإن أدعى أنه إتصل بها فى خلال السنة فإن كانت ثيباً حين العقد عليها فالقول قوله مع يمينه لشهادة الظاهر له . إذ الأصل فى الإنسان السلامة من العيوب ، فإن حلف رفضت دعوى الزوجة ، وإن إمتنع عن الحلف فرق القاضى بينهما . وتلك الفرقة تعتبر طلاقًا ، أما إذا كانت بكراً حين العقد عليها طلب القاضى عرضها على أهل الخبرة من الأطباء ، فإن ثبت كان القول قول الزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له . وإن ثبت أنها لا تزال بكراً طلقها القاضى إن إختارت الطلاق – فإن أنكر الزوج العنة وقال أنه إتصل بها جنسيًا بعد الزواج ، فإن كانت ثيبًا فالقول قول الزوج مع يمينه لشهادة الظاهر له ، لأن الأصل سلامة الإنسان من العيوب وإن كانت بكراً حسبما أثبت الكشف الطبى الذى توقع عليها أجل القاضى الزوج سنة، فإن مضت السنة وجاءت الزوجة مصرة على طلب التفريق لعجزه أعيد الكشف عليها فإن أثبت الكشف أنها كما هى خيرها القاضى بين الفرقة وبين البقاء معه ، فإن إختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بتطليقها ، فإن لم يفعل طلق عليه لإمتناعه عن دفع الظلم عن الزوجة وللقاضى ولاية رفع المظالم . والخصى مثل العنين فى التأجيل سنة ولا كذلك المجبوب إذ لا فائدة ترجى من التأجيل .

---

(١) دمياط الكلية – الدائرة الأولى للأحوال الشخصية – جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ – القضية ١٦ سنة ١٩٧١ احوال كلى – وجلسة ١٩٧٣/٢/١٠ – القضية ١ سنة ١٩٧٢ أحوال كلى – وجلسة ١٩٧٣/٢/٢٦ – القضية ٦٢ سنة ١٩٧١ احوال كلى.

(جـ) عدم القربان بغير عذر – وقد إختلف الفقهاء فى الفرقة لهذا السبب ، فيرى الحنفية والشافعية وقول للمالكية وظاهر قول الحنابلة – أنه لا يفرق بينهما ويرى الحنابلة فى قول لهم والمالكية فى قول أنه يفرق بينهما إن تركها أربعة أشهر ولو لم يقصد ضرراً عملاً بقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

ويرجح أستاذنا الشيخ البرديسى الرأى القائل بالتفريق ، لأن إمساك الزوج لزوجته فى هذه الحالة إمساك بغير معروف وإذا ثبت ذلك وجب المصير إلى التسريح بالتفريق (١) .

من حيث أن المدعية طلبت تطليقها من زوجها المدعى عليه للضرر الذى لحقها من جراء مرضه بالشلل فى نصفه الأسفل الذى أعجزه عن قربان النساء وأنها شابة تتضرر من ذلك ، وكان المرض ليس من مشتملات التطليق للضرر التى نص عليها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كما يعلم ذلك من مراجعة المواد من ٦ إلى ١١ والمذكرة الإيضاحية ، لأن التطليق للضرر شرع فى حالات كسوء المعاشرة والهجر وما إلى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه ، أما المرض فهو عرض من الأعراض البشرية التى ليس للإنسان دخل فيها ، ولم يغفله المشرع بل عالج هذه الحالة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠(المواد ٩ ، ١٠ ، ١١منه) (٢) .

٢٤١– أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى التطليق :

تناولت أحكام التطليق للضرر المواد ٦ ،٧ ،٨ ،٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنصت المادة ٦ منه على أنه :

« إذا إدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض

---

(١) الأحوال الشخصية – للأستاذ محمد زكريا البرديسى – المرجع السابق – ص٤٩٦ .

(٢) نجع حمادى الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٤/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ١٨ – العدد ١– ص٦٦

الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ ».

ونصت المادة ٧ منه على أنه :

« يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما » .

ونصت المادة ٨ منه عن أنه :

« على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة قرارها » .

ونصت المادة ٩ منه على أنه :

« إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة » .

ونصت المادة ١٠ منه على أنه :

« إذا إختلفت الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن إستمر الخلاف بينهما حكم غيرهما » .

ونصت المادة ١١ منه على أنه :

« على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه وهذه الأحكام مأخوذة من مذهب مالك » .

المقرر فى قضاء النقض أنه إذا طلبت الزوجة التطليق من خلال دعوى إعتراضها على إعلان زوجها بدعوتها لطاعته طبقًا لنص المادة ١١ مكرر ثانيًا من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فإن تبين للمحكمة أن الخلاف مستحكم بعد محاولتها الإصلاح بين الزوجين إتخذت إجراءات التحكيم ، وتكفى للتطليق فى هذه الحالة مجرد ثبوت إستحكام الخلاف بين الزوجين دون تحر لسببه أو تحديد أى من الزوجين يسأل عنه ، وعليها أن تقضى وفقًا لما أورده الحكمان إذ أن طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة ، وهو ما يختلف عن التطليق للضرر

عمـلاً بنص المادة السادسة من ذات القانون والتى تتطلب للقضاء بالتطليق ثبوت تعمد الزوج إيذاء زوجتـه بالقول أو بالفعل على نحو لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما (١) .

ومن صور الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين : الضرب المبرح ، والسب ، والإكراه على محرم .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى خصوص المواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ الخاصة بأحكام التطليق للضرر ما يلى :

« الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة ، لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة . وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الإنتقام - تطالب الزوجة بالنفقة ، ولا غرض لها إلا إحراج الزوج : بتغريم المال ، ويطالب بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تنالها يده فيوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور . هذا فضلاً عما يتولد عن ذلك من أشكال فى تنفيذ حكم الطاعة وتنفيذ بالحبس لحكم النفقة . وما قد يؤدى إلى إستمرار الشقاق من الجرائم والآثام . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين، عدا الحالة التى يتبين للمحكمة أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر» .

ومن الضرر الموجب للطلاق إبتزاز الزوج أموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية - ولا يشترط فى مثل هذا النوع من الضرر إقامة الزوجة مع زوجها لأن الضرر يشترط فيه ذلك هو الضرر الجسمانى

---

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ - الطعن ٥٠ لسنة ٦٣ق (أحوال) منشور فى المحيط فى الأحوال الشخصية للمستشار حسن حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ ص٢٤٥.

فإمتناعها عن طاعته لا يعود عليه لأن الضرر متحقق بالخصومات الناشئة بسبب أموالها (١) .

المراد بالعشرة الواردة بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الإحتياط والمخالطة وهى كما تكون بعد الدخول تكون قبله ، وعلى ذلك لا يسمع دفع دعوى الطلاق للضرر بعدم السماع لعدم الدخول ومذهب الإمام مالك وهو المصدر التشريعى للمادة السادسة المذكورة لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول لها فى طلب التطليق للضرر فتسمع الدعوى فى كلتيهما ، سلوك الزوج فى مقاضاة الزوجة وطلول الخصومات بينهما قرينة على إستحالة العشرة بينهما .

ولا يعتبر القاضى خصماً لمن حكم عليه بحكم وظيفته . ومتى قرر الحكمان إستحالة العشرة بين الزوجين فرقت المحكمة بينهما (٢) .

إرتياب الزوج فى سلوك زوجته لا يبيح له شرعاً رميها بالزنا ولا يصح أن تلتمس العار فى ذلك إذ رماها به - إذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناً وبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائى ، كان ذلك إضراراً بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها (٣) .

الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها ، فلا يوجب تعدية على أحد من أهلها تطليقها عليه ، ولا يسمى هذا ضرر واقع عليها بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما - كما أن فسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره إليها بأن يحضر صواحبه فى منزل الزوجة على ما جرى به مذهب الإمام مالك الذى أخذت

---

(١) السيدة زينب الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١٢/١٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص٤٠٩ - ودمياط الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٧٤/٦/٢١ - القضية رقم ٧٤ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس كلى .

(٢) الجيزة الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٢/٣ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص٤١٩ .

(٣) بنى سويف الكلية - جلسة ١٩٥٤/٢/١٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٧ - ص٢٢٦ .

منه المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ،. ولا يؤخذ الزوج بالظنة والإتهام، بل لابد من الأدلة القاطعة (١) .

هل يعتبر الزواج بأخرى ضرر ؟

إن النص فى المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مفاده أن المشرع إشترط للحكم بالتطليق وفقًا لحكم هذا النص أن تثبت الزوجةوقوع الضرر بها لإقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ويعجز القاضى عن الإصلاح بينهما .

ولا يعد مجرد الزواج بأخرى فى حد ذاته ضرراً مفترضًا يجيز للزوجة طلب التطليق ، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع . وما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد ، وأن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لاتبديل لها فإن العمل على خلافها ليس إلا تعدياً لحدود الله (٢) .

وجوب إثبات التطليق للضرر طبقًا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة :

تقضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بأن تصدر الأحكام طبقًا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقًا لها ، وإذ كان المشرع بعد أن نقل حكم التطليق للضرر من مذهب مالك لم يحل فى إثباته هذا المذهب ، كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن ، فيتعين الرجوع فى قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفةعملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ سالفة

---

(١) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٥١/٦/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ – العدد ١ – ص١٠٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ – الطعن ٥٤ لسنة ٦٣ ق المحيط – للمستشار حسن منصور .

الذكر ، فتكون البينة من رجلين أو من رجل أو إمرأتين فى خصوص التطليق للضرر (١) .

إدعاء الزوج بمعاشرة الزوجة قبل الزواج وحملها منه مضارة توجب القضاء بالتطليق :

إذا كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه - الزوج - قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى فيينا علق عليه بأن الطاعنة - زوجته - كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها ، وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة ، لأنه كان فى إستطاعته الا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج فى مسكن واحد ، وذلك رداً على إدعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه فى حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصرى بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى الطلاق ، وأن هذا يكفى لإثبات الضرر بما لا يمكن معه إستدامة العشرة . ولما كانت العبارات التى أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع فى القضية التى رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته فى التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة لم يكن يستلزم أن يتهمها فى خلقها وعفتها مدعيًا بأنها كانت على علاقة غير شرعية به ، وحملت منه قبل الزواج - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه . وإذ كان الموضوع صالح للفصل فيه وكان ما نسبه المطعون عليه إلى الطاعنة على الوجه المتقدم ينطوى على مضاره بتطليق الطاعنة من المطعون عليه طلقة بائنة للضرر

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٤/٦/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى واحوال - ص ٩٧٩ .

عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالاً بالطلاق البائن أو مآلاً بالطلاق الرجعى إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة ، على أن يصادف محلاً لوقوعه ، ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق .

إن المنصوص عليه شرعاً أن الإقرار بالطلاق كاذباً يقع قضاء لا ديانة ، وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها وعديت عنها ، والحال أنه لم يطلقها ، بل أخبر كاذباً ، فإنه لا يصدق قضاء - فى إدعائه أنه أخبر كاذباً - ويدين فيما بينه وبين الله تعالى (٢) .

مناط مهمة الحكمين قبل الحكم بتطليق الزوجة:

إن مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه إذا كررت الزوجة شكواها طالبة التطليق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها بالتفريق ولم يثبت ما تشكو منه، فإنه يتعين أن يبعث القاضى حكمين على النحو المبين بالمواد من ٧ إلى ١١ من القانون المذكور ، وهو حكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين - ولما كان الثابت أن المطعون عليها أقامت دعواها الأولى التطليق للضرر ، وقضى برفضها نهائياً لعجزها عن الإثبات ثم أقامت دعواها الحالية بنفس الطلبات وقضى فيها إبتدائياً بالتطليق ، ولما كانت محكمة الإستئناف بعد أن ألغت حكم محكمة أول درجة بالتطليق - لعدم الإطمئنان إلى أقوال شهود المطعون عليها - قد مضت فى نظر الدعوى وقضت ببعث الحكمين تطبيقاً لما يوجبه على النحو السالف البيان ، ومن ثم كان النعى على الحكم فى غير محله .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٤/١/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص٩٧٩.

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٤/٢/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٥ - مدنى وأحوال - ص٥٢٦ .

إن مؤدى نصوص المواد ٨و٩و١٠و١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبذلا جهدهما فى الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها ، وإن عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معاً أو جهل الحال ، ولم يعرف من أى جانب كانت الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة ،وإذا إختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فإن إستمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ، وعلى الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقرران ،وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه . وهذه الأحكام مستمدة من فقه المالكية ، ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ولو كان من جهة الزوجين ، لأن الحكم فى اللغة هو الحاكم ، فإن إتفق الحكمان نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه ، وإن إختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فلا يكون هناك فراق ، لأن إلى كل منهما ما إلى صاحبه بإجتماعهما عليه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الحكمين الآخرين كسابقيهما إختلفا ولم يقررا بجهل الحال ، وكان يتعين إزاء إختلافهما أن تكلفهما المحكمة بمعاودة البحث تطبيقًا لحكم المادة العاشرة من القانون ، وإذا إستنتج الحكم جهل الحال من إختلاف الحكمين ، وقضى بتطليق المطعون عليها مع أن المشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعاً لذلك ، على أن يحكم القاضى بالتطليق حسبما قرراه عملاً بحكم المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون ، لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

الأصول الشرعية فى التطليق للضرر :

(١) إذا كان الثابت أن الزوج قد بعث إلى زوجته خطابًا مليئاً بمختلف ألوان الشتائم والسباب ، وإتهمها فيه بالبرود الجنسى ، وأنه إعترف فى تحقيقات النيابة بمحتوى هذا الخطاب ، ووجه إليها أثناء التحقيق لفظاً نابياً

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٤/٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٥ – مدنى واحوال – ص٣٧٩ .

أثبته المحقق بالمحضر ، فإن ذلك كله يكفى للقضاء بتطليقها عليه .

(٢) إذا كان الثابت بالأوراق أن الزوج قد تعدى على زوجته بالطريق الزراعى وألقى بها من سيارته فى طريق موحش ، وأمام عمال محطة البنزين ، وما أصابها من ضرر جسمانى ونفسى ، يخول لها حق طلب التطليق عليه .

(٣) إن تعدى الزوج على زوجته بالضرب والسب لتأخرها فى إعداد الطعام ، تكفى كل واقعة منها سببًا للتفريق متى ثبتت ولو لم تتكرر ، ويثبت الضرر بشهادة الشهود ، ونصاب الشهادة فى حدها الأدنى رجلان أو رجل وإمرأتان .

(٤) إن ضبط الزوج فى شقة خاصة تدار للقمار ، مرتكباً فعلاً فاضحاً، فإن ذلك يعد ضرراً معنوياً يتعدى أثره إلى زوجته ، ينال من شرفها ويخدش كرامتها ، مما يخول للزوجة طلب التطليق للضرر .

(٥) ضبط الزوج فى شقة خاصة يستأجرها ليمارس فيها هواياته ويقضى فيها أوقاتاً لا يعود منها لمنزل الزوجية إلا بعد الثالثة صباحًا يوميًا- فإن ذلك يكفى للقضاء بتطليق زوجته عليه ، لما ينطوى فعله عليه من إحتقار لأنوثتها وإمتهان لكرامتها .

(٦) ضبط إمرأة مع الزوج فى منزل الزوجية فى حالة سكر بين مما يثير الشك ويبعث فى نفس الزوجة التى تركها فى المصيف ريباً ، إذ يعتبر هذا العمل تحدياً لعواطفها مؤلماً وجارحًا ، وفى ذلك من الإساءة إليها والإضرار بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، مما يبيح لها طلب تطليقها عليه للضرر .

(٧) المقرر أن الضرر هو ما لا يجوز شرعًا (المذهب المالكى) ، ومذهب مالك هو المصدر التشريعى لقوانين الطلاق فى مصر . ومن انواع الضرر الموجب للطلاق هجر الزوجة بأن يمتنع الزوج عن الكلام معها بلا سبب ، أو يحول وجهه عنها فى الفراش ، أو يتفرغ للعبادة ، والسب ، كأن يسب زوجته ويسب أباها بالألفاظ التى تعود الرعاع ترديدها ، أو يؤثر إمرأة أخرى عليها ، أو يمنعها من زيارة والديها أو يأخذ مالها ... وما إلى ذلك من

أنواع الإيذاء اللفظى أو النفسى ، وهى كلها موجبة للتطليق .

(٨) المقرر أن هجر الزوج لزوجته يعتبر من الأضرار التى تجيز للزوجة طلب التطليق ، وكما يكون الهجر بعد الدخول بالزوجة فإنه يكون كذلك قبل الدخول بها .

(٩) إذا كان الثابت أن الزوج قد تقدم ببلاغ إلى النيابة العامة يتهم فيه زوجته بالزنا مع شخص معين (أو غير معين) ، وثبوت عدم صحة هذا الإتهام ، فإن ذلك دليل على الضرر الذى يجيز للزوجة طلب التطليق .

(١٠) إذا كان الزوج قد أقام دعوى مستعجلة بطلب إثبات حالة زوجته قطعًا لدابر الشائعات التى أحاطت بسلوكها خلال فترة غيبته فى البعثة الدراسية ، فإنه فضلاً عن قيام حقها فى عدم قبول عرضها على الطبيب الشرعى لإجراء الكشف عليها ، لما كان فى ذلك من إهدار أدميتها وإمتهان لها ، فإن تلك الدعوى تشكل ضرراً للزوجة تجيز طلب التطليق .

(١١) لا يعد سكوت الزوجة عن المطالبة بالتطليق لجنون زوجها مانعاً من رفع الدعوى للرضا بحالته ، لأن هذا السكوت إنما يكون أملاً فى شفائه وإستمرار الحياة الزوجية بينهما .

(١٢) إذا كان الثابت إنصراف الزوج المدعى عليه إلى تعاطى الخمر والإدمان عليها ، وإهمال شئون زوجته ، والإلتجاء إلى التصرف بالبيع فى مقتنيات الزوجة والأولاد حين تعوزه شربها ، فإن فى ذلك من هو أشد ضرراً بالزوجة المدعية من سبها وسب أبيها ، خاصة إذا كانت الزوجة من القانتات الصالحات ، بما يجعلها فى عسر من أمرها حين ترغم على معاشرة زوج فاسد عربيد وسكير - إذ كان ذلك ، وكان الإتفاق بين الفقهاء أن أوجه الضرر وأسبابه متعددة ، وتختلف بإختلاف طبائع الناس وعاداتهم وتقاليدهم وما نشأوا عليه من قيم ومعايير خلقية - إذ كان ذلك فإن الضرر الذى حاق بالزوجة المدعية من جراء أفعال وتصرفات زوجها المدعى عليه يستحيل معه دوام العشرة بينهما ويتعين لذلك القضاء بتطليقها عليه طلقة بائنة .

مناط حجية حكم رفض طلب التطليق للضرر :

إن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر ، على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها – لما كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أن الموضوع مختلف فى الدعويين ، لأن الدعوى الأولى رفعت عن الوقائع السابقة عليها ، أما الدعوى الماثلة فهى عن واقعة أخرى إستجدت بعد صدور الحكم فى الدعوى الأولى إذا حدثت عند إنصراف المطعون عليها عقب نظر الإستئناف المرفوع عن دعوى الطاعة ، ولما كان من حق المطعون عليها أن ترفع دعواها بالتطليق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها ضرر إدعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يكون قد خالف القانون (١) .

الفرع الرابع

التطليق لغيبة الزوج

٢٤٢– إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تخاف فيها على نفسها الفتنة ، فهل تكون هذه الغيبة سبباً فى طلب التفريق بينهما وبين زوجها ؟ .

ذهب الحنفية والشافعية والزيدية والجعفرية إلى أن هذه الغيبة لا تكون سبباً فى التفريق بين الزوجين – سواء أكانت هذه الغيبة بعذر (كالغيبة للتجارة أو لطلب العلم) أو لغير عذر .

وذهب الحنابلة – إلى أنه يفرق بين الغيبة التى بعذر والتى بغير عذر –

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٤/٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٥ – مدنى وأحوال – ص٣٧٩ .

فالأولى لا تكون سبباً فى طلب التفريق ولا يطلق القاضى بسببها ، والثانية وهى التى تكون سبباً للتفريق ويطلق بها القاضى إذا كانت مدة الغيبة ستة أشهر وأعذر القاضى إلى الزوج ، إذا كان يمكن أن يصل إليه الأعذار ، وإلا فلا داعى له لإنعدام فائدته ، وقيدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر لأن عمر رضى الله عنه إستفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة أشهر أو ستة أشهر .

وذهب مالك - إلى أنه إذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة سنة بناء على الرأى الراجح فى المذهب سواء أكانت الغيبة بعذر أو بغير عذر . فإما أن يكون الزوج فى مكان بحيث يصل إليه إعذار القاضى أم لا .

فإذا كان يصل إليه إعذار القاضى ، أعذر إليه بأن يحضر إلى البلد التى تقيم فيه الزوجة أو ينقلها إليه ، وإلا طلق ، وضرب له الأجل المناسب الذى يراه ليقوم بما طلب منه ، فإن فعل كان بها وإلا طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل بناء على إصرار الزوجة على طلب التفريق (١) .

أما إذا كان الزوج فى مكان مجهول أو فى مكان لا تصل إليه الرسائل ، فإن القاضى يطلقها عليه بدون إعذار .

وقد كان العمل جارياً فى الإقليم المصرى قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على عدم التفريق بسبب الغيبة طبقًا لمذهب الحنفية ومن وافقهم - لكن عدل عن ذلك بعد صدور القانون المذكور ، حيث أصبح العمل يجرى على التفريق بسبب الغيبة ، ومصدر القانون فى ذلك مذهب المالكية والحنابلة ، حيث أخذ من كل ما يتعلق ومصلحة الناس ، فقد أخذ برأى مالك فى مدة الغياب وهى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً (م١٢ ,٢٢) ولم يأخذ برأى الحنابلة فى هذا الشأن ، وأخذ برأى الحنابلة فى التفرقة بين الغيبة التى بعذر والتى بغير عذر ، فأجاز التفريق بالغيبة التى بلا عذر مقبول .

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف - ص١٢٢ ، وحسنى نصار - ص٤٣٠ ، ومحمد مغنية- ص١٩١ وانور العمروسى - ص٣٦٦ ، وزكريا البرديسى ص٤٩١ ومحمد الدجوى- ص٢٨٥

٢٤٣- أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى التطليق لغيبة الزوج :

تضمنت المادتان ١٢ ، ١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحكام التطليق لغيبة الزوج فنصت المادة ١٢ على أنه:

« إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » (١) .

فيستفاد من نص هذه المادة أنه لكى تطلب الزوجة تطليقها أن يكون الزوج قد غاب مدة لا تقل عن سنة . وأن يكون غيابه بغير عذر مقبول . فإذا كانت مدة الغياب تقل عن عام عدد أيامه ٣٦٥ كما تذهب إلى ذلك المادة ٢٣ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أو كان غيابه بعذر مقبول ولو تجاوز هذه المدة فلا يجوز للزوجة طلب التفريق ، كما أن طلب التطليق هذا مشروط كذلك بأن ينال الزوجة من هذا الغياب ضرر ، ولا يغنى عن ذلك أن يكون قد ترك لها قبل غيابه مالاً تنفق منه . كما يلاحظ على هذا النص أنه أجاز طلب التطليق إذا ما توافرت جميع الشروط ولم يوجب طلب ذلك ، تاركًا الأمر لتقدير الزوجة .

والضرر الذى يعتد به هنا هو الضرر المحقق لا الإحتمالى أو المتوقع حصوله .

ونصت المادة ١٣ منه على أنه :

« إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضى أجلاً وأعذر إليه

---

(١) فقد قضى بأن المقرر شرعًا وقانونًا أن غيبة الزوج لغير عذر شرعى ولمدة تزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى ترخص للزوجة طلب تطليقها عليه متى تضررت من غيبته ، كأن كانت تخشى الفتنة ، ذلك أن معيار الضرر هنا شخصى لا يعلم إلا من جهتها وحدها ، وأن هذا السبب وحده (الغياب) كاف لتطليقها عليه طلقة بائنة ولو كان ينفق عليها (دمياط الإبتدائية - الدائرة الأولى الشرعية - جلسة ١٩٧٥/٦/٢١- القضية رقم ٥ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس كلى ، ونفس المبدأ ، وذات الجلسة - القضية رقم ٩٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس كلى) .

بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها – فإذا إنقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا أعذار وضرب أجل » .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن التطليق لغيبة الزوج :

« وقد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول كطلب العلم أو التجارة أو لإنقطاع المواصلات ثم لا هو يحمل زوجته إليه ، ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره ومقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب وإن ترك الزوج لها مالاً تستطيع الإنفاق منه » .

الفرع الخامس

التطليق لحبس الزوج

٢٤٤– لا يجيز الحنفية التفريق بسبب حبس الزوج (كما لا يجيزونه بسبب غيبته لعذر أو لغير عذر) .

وقد كان العمل جارياً فى الإقليم المصرى قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على هذا المذهب ، إلى أن صدور ذلك القانون فجرى العمل على التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بحكم نهائى (م١٤منه) . وقد إشترط مضى سنة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلاً لأن الفرقة فى الحبس للضرر الواقع بالفعل وليست للضرر المتوقع واشترط كذلك أن تكون مدة الحبس ثلاث سنوات لتيأس الزوجة من عودة زوجها عودة قريبة حيث يتحقق الضرر أخذاً بالمذهب المالكى الذى يجيز التفريق بين الزوج والزوجة بسبب الغيبة سواء أكانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر ، والغيبة بسبب الحبس غيبة بعذر (١) .

---

(١) المراجع السابقة .

ولم يأخذ القانون بالمذهب الحنبلى الذى لا يفرق بين الزوج وزوجته فى الحبس إذ الغيبة فيه بعذر ، كما فعل بالنسبة للغائب ، نظراً لأن المحبوس إنما حبس وهو كذلك ليس جديراً بالعطف ، والأنسب به التشديد زجراً له .

كما لم يأخذ بالمذهب الحنبلى فى عدم التفريق بسبب الحبس لما سبق من تعليل لم يأخذ به أيضاً فى إعتبار التفريق فسخاً وليس طلاقاً ، تأسيساً على أنه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يفوض أحداً عليها ، وإنما هى فرقة بحكم القاضى فتكون فسخاً .

أما إعتبار القانون تطليق القاضى بسبب الحبس طلاقاً بائناً كما هو نص المادة ١٤ منه ، فقد إستمد ذلك من المذهب المالكى ، فقد جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٢ : « وكل طلاق أوقعه الحكام (أى القاضى) كان بائناً إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة فإنه يكون رجعياً » .

٢٤٥–أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى التطليق لحبس الزوج :

تضمنت المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحكام تطليق الزوجة لحبس الزوج فنصت على أنه :

« ولزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

فيشترط لكى يحق للزوجة طلب التطليق توافر ما يلى :

١– أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية (الحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة) . فلو قضى فى حقه بعقوبة غرامة ، ولو نفذت عليه بطريق الإكراه البدنى ، فلا يتوافر هذا الشرط .

٢– أن يكون الحكم القاضى بالعقوبة قد صار نهائياً وتنفذ بالفعل ، فلو كان غيابياً أو حضورياً مطعوناً عليه بالإستئناف أو كان غيابياً إستئنافياً فلا يكون سبباً لقبول دعوى التطليق .

٣- أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر ، فإن كانت مدة العقوبة أقل من ثلاث سنوات كانت الدعوى مرفوضة بالنسبة لهذا السبب .

٤- أن يكون الحكم قد نفذ على الزوج بالفعل ، فلو كان هارباً منه مثلاً فلا يكون سبباً لقبول دعوى التطليق .

٥- أن ترفع دعوى التطليق بعد مضى سنة عدد أيامها ٣٦٥ يوما من تاريخ تنفيذ الحكم القاضى بالعقوبة المقيدة للحرية على الزوج ، فلو رفعت قبل إنتهاء السنة كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل أوانها .

وعلى الزوجة أن تقيم الدليل على صحة دعواها وأن تقدم على وجه خاص الوثيقة الرسمية الدالة على قيام الزوجية بينها وبين الزوج أن تقدم صورة من الحكم النهائى الدال على معاقبة الزوج بعقوبة مقيدة للحرية أو شهادة من الجدول أو أن تطلب من المحكمة ضم القضية الصادر فيها ذلك الحكم النهائى ، وأن تقدم شهادة بالتنفيذ الفعلى . كما أن لها أن تقيم الدليل على باقى العناصر بالبينة الشرعية .

ولا ينفى وقوع الضرر بالزوجة أن يكون الزوج قد ترك مالاً تنفق منه.

ويلاحظ أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد نص صراحة فى المادة ١٤ منه على أن التطليق لحبس الزوج يكون بائناً .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن المادة ١٤ .

« وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب ، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب إجتماعى محتم ، ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالت غيبته سنة فأكثر فتضررت من بعدة عنها بعد أن يضرب القاضى له أجلاً . ويعذر إليه بأنه إما أن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها عليه القاضى . وهذا إذا أمكن وصول الرسائل إليه وإلا فيطلق القاضى عليه بلا ضرب أجل ولا إعذار .

وواضح أن المراد بغيبه الزوج هنا غيبته عنها بالإقامة فى بلد آخر غير بلد الزوجة أما الغيبة عن بيت الزوجة مع الإقامة فى بلد واحد فهو من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر والزوج الذى حكم عليه نهائيًا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعد الزوج عنها . ولا دخل لكون البعد بإختياره أو قهراً عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها ».

أصول شرعية فى التطليق لحبس الزوج :

(١) المقرر عند علماء الشريعة الإسلامية وفقهائها أن للمحكوم عليه فى جناية بعقوبة مقيدة للحرية أهلية كاملة ، فله أن يطلق زوجته ، وله أن يعيدها إلى عصمته . كما له أن يتزوج بأخرى ، ومن ثم فقد كانت له هذه الأهلية بالإرادة المنفردة دون الحصول على موافقة القيم عليه .

(٢) إذا كان الثابت أنه قضى على الزوج المدعى عليه بالسجن خمس سنوات ، وبعد مضى سنة ونصف من التنفيذ عليه أقامت الزوجة دعوى بطلب التطليق عليه ، وقبل الفصل فى الدعوى أفرج عنه قبل مضى ثلاث سنوات ، فإن المقرر أنه ما دامت القضية قد رفعت مستوفية لشروطها المقررة فى القانون أى بعد مضى سنة من تاريخ حبس الزوج فى عقوبة مدتها ثلاث سنوات أو تزيد ، فإن الضرر يكون قد تحقق ولو أفرج عن الزوج قبل مضى ثلاث سنوات .

(٣) المقرر قانوناً أن الضرر يختلف بإختلاف بيئة المضرور ومكانته فى المجتمع . وأن ما تتضرر منه زوجة من طبقة وبيئة معينة قد لا تضرر منه زوجته من طبقة وبيئة أخرى – إذ كان ذلك وكان الثابت أن والد الزوجة المدعية قد مات فى السجن ، وأن الشقيق الأكبر لها مسجون مع الزوج المدعى عليه فإن مؤدى ذلك أن الزوجة من طبقة تعود أفرادها دخول السجن والتردد عليه ومثلها لا يعير بدخول السجن الأمر الذى لا يشكل ضرراً لها يستوجب التفريق بينهما

٢٤٦- المحكمة المختصة بنظر دعوى الطلاق :

كان الإختصاص بنظر دعوى الطلاق والفرقة بجميع أسبابها الشرعية والخلع والمباراة منعقداً للمحكمة الجزئية (الشرعية) وكان حكمها فى هذه الدعاوى قابلاً للإستئناف دائمًا عملاً بالمادة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، حيث تقول فى فقرتها الأولى : « تختص المحاكم المذكورة بالحكم الإبتدائى فى المنازعات فى المواد الآتية ... » .

فلما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية نص صراحة فى المادة ٨ منه على أن تختص المحكمة الإبتدائية دائمًا بدعاوى الطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين يجتمع أسبابها هذا ويلاحظ أن نصاب الشهادة هو شاهدان (رجلان أو رجل وإمرأتان) فى مسائل الأحوال الشخصية لتعلق ذلك بقواعد موضوعية من النظام العام وفقًا لأحكام اللائحة الشرعية ، بحيث تعد مخالفتها خطأ فى القانون . أما إجراءات سماع الشهود فالقانون الواجب التطبيق فيها القانونان ١٣ ، ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن المرافعات والإثبات . إعمال لأحكام القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (١) .

إثبات الطلاق الشفوى :

السبيل إلى إثبات الطلاق الذى أوقعه الزوج شفوياً ، هو رفع دعوى أمام المحكمة يطلب إثباته بشهادة الشهود أو بغيرها من طرق الإثبات .

أثر إقرار الزوج فى وصف الطلاق :

إذا أثبت الزوج فى وثيقة الطلاق (الإشهاد) - كيداً - وفى غيبة مطلقته

---

(١) نقض - جسة ١٩٦٣/١/٢ - الطعن ٤٨ سنة ٣٠ق (أحوال شخصية) - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدنى - العدد ١ - ص١٨١ وما بعدها ، وقارن المستشار صالح حنفى - قضاء الأحوال الشخصية نفسًا ومالاً ، وقارن أيضاً نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/١٨ - مجموعة المكتب لافنى - السنة ١١ - مدنى - العدد ١ - ص١٨١ وما بعدها ، وأحكام عديدة منشورة فى كتابنا : أحكام القضاء الحديثة فى منازعات الأحوال الشخصية - أبواب : الإثبات - والشهادة - والطلاق.

أن طلاقه لها قبل الدخول والخلوة ، على حين أنه دخل بها - فإن إقراره هذا لا يعتبر حجة عليها ، وللمطلقة أن تقيم دعوى بتصحيح وصف الطلاق ولها أن تثبت فيها الدخول والخلوة بكافة طرق الإثبات القانونية والشرعية بما فيها شهادة الشهود .

ووجه كيده فى هذه الحالة أنه يسعى إلى إظهار مطلقته المدخول بها من غير زواج لمن يتزوجها من بعده .

أصول قضائية حديثة فى التطليق على وجه العموم :

٢٤٦ مكرر - ٢- إذ قضى الحكم المستأنف بالتطليق دون أن تبذل محكمة أول درجة أى جهد للإصلاح بين الزوجين ، ودون أن يثبت عجزها عن الإصلاح بينهما قبل أن تقضى بالتطليق لإستحالة العشرة(١) ، بما يشوب حكمها بمخالفة القانون الخطأ فى تطبيقه ، ذلك أن المقرر فى قضاء النقض أن التطليق للضرر عملاً بنص المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شرطه عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ولا يشترط مثول الزوجين بشخصيتهما عن محاولة التوفيق بينهما .

٢- المقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفوق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها ، وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تعد بالفعل والقول وقع من جانب الطاعن على زوجته المطعون ضدها على مرأى ومسمع من شاهديها على النحو الثابت بأقوالها ، وأن ذلك مما يتوفر به ركن الضرر المبرر للتطليق بالنظر إلى حالة المطعون ضدها وكونها زوجة عاملة على قدر من التعليم والثقافة ، وهى أسباب سائغة تكفى لحمله (٢) .

٣- إذا كان الشارع قد إشترط للحكم بالتطليق طبقًا للمادة السادسة

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ - الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٧ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨١/٣/٣١ - الطعن ٣٢- السنة ٥٠ق (أحوال شخصية) .

من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تثبت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، وكان الثابت ان محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن المطعون ضدها ووافق عليه الطاعن ، وهو ما يكفى - وعلى ماجرى عليه قضاء محكمة النقض - لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين دون حاجة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الإستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه .

٤- مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المقصود بالضرر فى هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها (١) .

٥- إذ كان الأساس الذى تقوم عليه دعوى التطليق للضرر هو إضرار الزوج بزوجته وإساءته معاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، فإنه يكفى لإكتمال نصاب الشهادة فيها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج على وجه معين تتضرر منه ولا ترى معه الصبر والإقامة معه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء بإعتبار أنها ليست بذاتها مقصودة ، بل هى تمثل فى مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع .

٦- مفاد نص المادتين ٩و١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة طلب الفرقة ، فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية ، وهى عيوب العنة والجب والخصاء ، وإنما أباح لها طلب التفريق إذا ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأن ما ورد ذكره

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/٦/١٦ - الطعن ١٩ لسنة ٥ق (أحوال شخصية)

من عيوب فى هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر ، وأنه رأى الإستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى إستحكام العيب ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده (١) .

٧- المقصود بغيبة الزوج عن زوجته فى حكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن تكون الغيبة لإقامة الزوج فى بلد آخر غير الدى تقيم فيه زوجته . أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطليق طبقًا لنص المادة ٦ من هذا القانون ، فهى على ما تبينه المذكرة الإيضاحية للقانون وجرى به قضاء محكمة النقض - غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ، ويكون الضرر فى هذه الحالة هجرًا قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله . إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه رغم إقامة الزوجين فى بلد واحد ، فإن الطاعن عمد أثر زواجه بأخرى إلى الإعراض عن زوجته المطعون ضدها وهجر الإقامة معها وأنه لا يمكنها البقاء على هذه الحال دون ضرر ، وهو يشكل حالة من حالات الإضرار التى تبيح التطليق (٢) .

٨- مفاد المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع جعل المناط فى وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن من إعذاره هو إمكانية وصول الرسائل إليه ، إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضى فى هذا الشأن . وإذ كانت مدة الإمهال المنصوص عليها فى هذه المادة ليست من قبيل مواعيد المرافعات التى يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب ، وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بجهة إقامته ، بحيث إذا فعل ذلك بعد إنقضاء المهلة أو فى أى مرحلة من مراحل الدعوى إنتفى موجب التطليق فإنه يكفى لتحقيق شرط الإمهال والإعذار فى حق الزوج الغائب أن يصل إلى علمه ما يقرره فى هذا الشأن . إذ كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الإبتدائى المؤيد لأسبابه

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/٦/٢٢ - الطعن ١٣ لسنة ٥٠ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض - جلسة ٣/١٢/ ١٩٨ الطعن ٢٢ لسنة ٤٩ق (أحوال شخصية) .

بالحكم المطعون فيه أن الطاعن مثل بوكيل عنه بالجلسة المحددة بقرار الإمهال والإعذار المعلن إليه بما يقطع بعلمه به ، فإنه لا محل لما ينعى به على إجراءات إعلانه بهذا القرار (١) .

٩- لما كان إعمال نص المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يختلف فى مجاله عن نطاق إعمال المادة ١٢ منه ، ذلك أن هجر الزوج لزوجته المعتبر من صور الإضرار الموجب للتفريق وفقًا لنص المادة السادسة - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - هو الذى يتمثل فى غيبته عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد . أما إن غاب عنها بإقامته فى بلد آخر غير بلدها ، فإن لها أن تطلب التطليق إذا إستمرت الغيبة مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول . وذلك وفقاً لنص المادة ١٢ وتسرى فى شأنه عندئذ حكم المادة ١٣والتى توجب على القاضى أن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب أن يضرب له أجلاً مع الإعذار إليه بتطليق زوجته عليه إن هو لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا إنقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضى بينهما بتطليقها طلقة بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار أو ضرب أجل (٢) .

١٠ - الفقه الإسلامى يميز من حيث الأثر المترتب على الطلاق بين ما إذا كان بائنًا أو رجعيًا، فرتب على الطلاق البائن رفع قيد الزواج فى الحال ، فلا يحل للمطلق أن يستمتع بمطلقته ولا يملك مراجعتها ولو كانت فى العدة ، ليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين .

وأما فى الطلاق الرجعى فإن الزوجية تظل قائمة ولا تزول إلا بإنقضاء عدة المطلقة فيملك المطلق مراجعة مطلقته ما دامت فى العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها ولا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين . وتتم هذه المراجعة بمجرد قوله الدال عليها أو فعله الموجب لحرمة المصاهرة (٣) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ - الطعن ١٣ لسنة ٤٨ق (احوال شخصية) .
(٢) نقض - جلسة ١٩٨٣/٢/١٥ - الطعن ١١ لسنة ٥٢ق (احوال شخصية) ، ونقض - جلسة ١٩٨٣/٢/١٧ - الطعن ٣٦ لسنة ٥٢ق (احوال شخصية) .
(٣) نقض - جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢ - الطعن ٢٤ لسنة ٥١ق (احوال شخصية) .

١١- مؤدى نص المادة ٣/١١ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن المشرع الوضعى قرر أخذاً بالمذهب أن من كان مريضاً مرض موت وطلق إمرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال فى العدة، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حيث صدوره لأنه أهل لإيقاعه ، إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لإنقطاع العصمة بمجرد الطلاق إستناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه . أعتبر إحتياطيًا فاراً وهارباً فيرد قصده لها ويثبت لها الإرث (١) .

١٢-مفاد المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن التحكيم فى دعوى التطليق للضرر لا يكون إلا عندما تتكرر شكوى الزوجة طالبة التطليق ولم تثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى تطلب التفريق (٢) .

١٣ - مجال إعمال المادتين ١٠و١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمتعلقين بالتفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التى تتخذ فيها إجراءات التحكيم (٣) .

١٤- تراخى الزوج فى الدخول بزوجته بسبب راجع إليه يعد ضرباً من ضروب الهجر ، لأن إستطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة (٤) .

١٥- كانت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذا إشترطت للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، لم ترسم طريقًا معيناً لمحاولة الإصلاح ، كما لم تستوجب حضور الزوجين معاً أمام المحكمة (٥) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ - الطعن ٣ لسنة ٥٣ق ٠

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ - الطعن ٣ لسنة ٥٣ق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ - الطعن ٣ لسنة ٥٣ق . (احوال شخصية) .

(٤) نقض - جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦ - الطعن ٦٥ لسنة ٥٢ق ، ونقض - جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ - الطعن ٤٥ لسنة ٥٤ق .

(٥) نقض - جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ - الطعن ٨٢ لسنة ٥٣ق ، ونقض - جلسة =

١٦- مناط الحكم بالتطليق فى الدعوى التى ترفع طبقًا للمادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، وكانت البينة فى هذه الدعوى- وعلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة يجب أن تكون من رجلين أو رجل وأمرأتين - وتستقل محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر (١) .

الأساس الشرعى والقانونى للتعويض عن الطلاق :

٢٤٧- تعريف الطلاق : إتفق الفقهاء (٢) على أن للطلاق فى اللغة معنى ، وفى الإصطلاح الشرعى معان:

(أ) فهو فى اللغة : الترك والمفارقة ورفع الوثائق والقيد ، سواء أكان الترك حسيًا كقيد الفرس ، أو معنوياً كقيد الزواج ، وهو مأخوذ من الإطلاق ، يقول الرجل أطلقت إبلى ، وأطلقت أسيرى وطلقت إمرأتى . وقد خصص العرف إستعمال (طلق) فى رفع القيد المعنوى ، و(أطلق) فى رفع القيد الحسى ، فيقال : طلق الرجل زوجته ، ولا يقال : أطلقها . كما يقال أطلق البعير بمعنى فك قيده . ولا يقال : طلق البعير ، ولذلك إعتبر الفقه

=١٩٨٦/٢/٢٥ - الطعن ١١ لسنة ٥٤ق ، ونقض - جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ - الطعن ٥٢ لسنة ٥٢ق ، ونقض - جلسة ١٩٨٦/٣/١١ - الطعن ٣٣ لسنة ٥٤ق .

(١) نقض - جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٣ - الطعن ٦٩ لسنة ٥٥ق (أحوال شخصية) .

(٢) يراجع فى تعريفه : الشيخ محمد زيد الإبيانى - الأحوال الشخصية - جزء ١ - طبعة ١٩٠٣ - ص٢٨٩ ، والشيخ عبد الوهاب خلاف - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٣٥ - ص١٠١ ، والدكتور محمد يوسف موسى - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٥٨ - ص٢٥١ ، والشيخ محمد زكريا البرديسى - الأحوال الشخصية - طبعة ١٩٦٥ - ص٣٢٧ ، وطبعة معهد الدراسات الإسلامية - ص١٠١ ، والأستاذ على حسب الله - الفرقة بين الزوجين - طبعة ١٩٦٨ - ص٢٢ ، والأستاذ محمد سلام مدكور - أحكام الأسرة فى الإسلام - جزء ٢ - طبعة ١٩٦٤ - ص٨١ ، والدكتور أحمد الغندور - الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون - طبعة ١٩٦٧ - ص٣٢ . وأنور العمروسى - المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - طبعة ١ - ١٩٦٣ - ص٣٢٨ .

الإسـلامى قـول الرجل لزوجتـه : أطلقتك من بـاب كنايات الطلاق لا من صريحه (١) .

والطلاق لفظ من ألفاظ الجاهلية ، كانوا يستعملونه فى الفرقة بين الزوجين ، فلما جاء الإسلام أقر إستعماله مع تفاوت يسير .

(ب) وهو فى الإصطلاح الشرعى: رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مخصوص مشتق من (ط ل ق) أو ما فى معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة صادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه ، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق فى الحال إذا كان بائناً ، أو فى المآل إن كان الطلاق رجعيًا (٢) . وحقيقة الطلاق هو البحث الذى هو مدلول المصدر لا نفس اللفظ ، لكن لما كان أثراً معنوياً لا يتحقق إلا بلفظة المستعمل فيه قيل :

إن ركنه اللفظ ، فليس اللفظ حقيقته ، بل هو دال عليه (٣) .

وعرفه إبن عابدين (٤) بأنه إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص.

وعرفه المالكية (٥) بأنه : صفة حكيمة ترفع حلية تمنع الزوج بزوجته .

والمراد بالصفة الحكيمة عند المالكية المعنى القائم بالشخص ، وهو مدلول التطليق ، لأنه قائم بالفاعل ووصف له ، ومعنى حكمية أنه صفة إعتبارية ، لأن الحديث أمر إعتبارى ، والتطليق هو حل عقدة الزواج . وهو أمر معنوى يحتاج إلى لفظ يدل عليه ، وهو ما يراه الحنفية والحنابلة أيضاً(٦) .

---

(١) المبسوط – لشمس الأئمة ابى بكر السرخسى – طبع مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ– جزء ٦ – ص٢ ، وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع – طبعة المطبعة الجمالية ١٣٢٨ هـ– جزء ٣ – ص١٠ – وبحث التعويض عن الطلاق – للقاضى أنور العمروسى – المحاماة – السنة ٥٠ – العدد ٣– ص٦٧ وما بعدها .

(٢) هذا هو تعريف الحنفية والحنابلة ، فتح القدير ، لإبن الهمام ، جزء ٣ ، ص٢١ – وإبن عابدين ، جزء ٢ ، ص٥٧

(٣) الطلاق – للدكتور احمد الغندور – المرجع السابق – ص٢٣ .

(٤) إبن عابدين ، جزء ٢ ، ص٥٧٠

(٥) مواهب الجليل فى شرح مختصر الخليل ، للخطاب ، جزء ٤ ، ص١٨ .

(٦) الدكتور احمد الغندور – المرجع السابق – ص٢٣ .

وعرفه الشافعية (١) بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق .

٢٤٨ – حكمة مشروعيته :

قال الله سبحانه وتعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

وقال عز من قائل : « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» .

وقال جل شأنه : « وإن إمرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضًا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير ، وأحضرت الأنفس الشح ،وأن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبير » .

وقال صلى الله عليه وسلم : تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهتز منه عرش الرحمن » (٢) .

وقال عليه السلام : « وما زال جبريل يوصينى بالمرأة حتى ظننت أنه لا ينبغى طلاقها إلا من فاحشة مبينة » .

وقال ﷺ : « لعن الله كل ذواق مطلاق » (٣) .

وقال عليه الصلاة والسلام : « أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق فى غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » .

ويقول الإمام الشوكانى (٤) فى المحلل : « والنبى ﷺ إنما شرط فى عودها إلى الأول مجرد ذوق العسيلة التى حلت بالنص (حتى يذوق عسيلتها وتذوق عسيلته) وعسيلتها هى ماؤها » – والزوج الجديد يعرف بالمحلل ، وفيه يقول النبى ﷺ : « الا أخبركم بالتيس المستعار ؟ »

---

(١) نهاية المحتاج إلى المنهاج ، للإمام الرملى ، جزء ٦ ، ص٤١٢ .

(٢) هذه الأحاديث وردت فى : نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكانى – طبعة ١ – المطبعة العثمانية المصرية – ١٣٧٥ هـ – جزء ٦ – ص٢٢٠ .

(٣) وجاء فى فتح القدير : « وإنما أبيح الطلاق للحاجة ، وإذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة ، وسوء أدب فيكره » .

(٤) نيل الأوطار – للشوكانى – المرجع السابق – جزء ٦ – ص١٤٠ ، والمرام – لإبن حجر – ص٢٠٠ .

قالوا : بلى يا رسول الله ، قال « هو المحلل . لعن الله المحلل والمحلل له»(١) .

ان أبغض الحلال إلى الله الطلاق ، ومع ذلك فقد رخص الشرع الاسلامي طريق حل المنازعات بين الزوجين قبل التفريق بينهما عن طريق اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها ان يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما .

فإذا تعذر التوفيق ، وكان النزاع بينهما عميق الجذور وقع الطلاق وفرق بينهما (٢) .

٣- ومما تقدم يظهر أن حق الزوج في الطلاق مقيد بما يلي (٣) :

(أ) أن لا يكون إلا لسبب يدعو إليه ، كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها للزوج أو الجيران بالقول أو الفعل .

(ب) أن يكون الطلاق في حال الطهر ، وليس في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه .

(جـ) الا يزيد في عدد الطلقات .

٤- ولقد ثار الخلاف بين الفقهاء فيما إذا كان الأصل في الطلاق الإباحة أو الحظر ، فذهب رأي - إلى أن الأصل فيه الإباحة ، لإطلاق الآيات القرآنية ولأن النبي ﷺ طلق إحدى نسائه وكذلك فعل بعض الصحابة .

بينما ذهب رأي آخر - إلى أن الأصل في الطلاق الحظر - وإستدل أصحاب هذا الرأي على ذلك بقوله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ، وبقوله ﷺ : «أبغض المباحات عند الله الطلاق » . وقوله عليه السلام : « لعن الله كل ذواق مطلاق» .

---

(١) نيل الأوطار - المرجع السابق - ص١٣٨ و ١٣٩ .

(٢) المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين ، للقاضي أنور العمروسي- ص٣٢٨ .

(٣) ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف : (الذي يؤخذ من نصوص الشريعة ، أن من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص ، فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً ، وإثمه دليل على انه أساء إستعمال الحق الذي جعله له الشارع ، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع ، وإذا كان اثمه دليلاً على إساءته إستعمال الحق ، فكل مطلق آثم شرعاً بإيقاع طلاقه . لأنه أساء إستعمال الحق فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر ، أما إذا طلق لحاجة إلى الخلاص ، أو لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض) . الأحوال الشخصيه المرجع السابق - ص٤

كما أن الفقهاء يفرقون بين إيقاع الطلاق وقوعه . لأن الإيقاع فعل الزوج فيوصف بالحل والحرمة . أما وقوع الطلاق فليس بفعل الزوج وإنما هو حكم الشرع . ولذلك لا يوصف بالحل ولا بالحرمة .

وقد سبق القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد قيدوا حق الزوج فى إيقاع الطلاق بما يتفق والحكمة التى دعت لتشريعه . وبما فيه منع الإضرار بالمطلقة غير ما يصيبها من مجرد الطلاق .

فحق الزوج فى إيقاع الطلاق يتقيد بما تتقيد به الحقوق على وجه العموم فى الشريعة الإسلامية . فهو يتقيد بوجوب أن يكون إستعماله متجهاً لتحقيق الحكمة التى من أجلها شرع . وبأن لا يكون بطريقة هى فى ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من حل رابطة الزوجية .

فيكون الطلاق مكروهاً إذا كان بلا سبب يدعو إليه لقوله تعالى : « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً » .

فحرم الفقهاء بالإجماع الطلاق فى طهر جامع الزوج زوجته فيه ، وأجازوه مع الزوجة الحامل ، وأجازوا ميراث المطلقة فى مرض موت الزوج لإتهامه بالسعى إلى حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده .

كما يتقيد حق الزوج فى إيقاع الطلاق بأن لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما يترتب على حل رابطة الزوجية ، لأن الطلاق فى ذاته مضر بالمرأة غالباً ، فالطلاق الثلاث والطلاق فى أثناء الحيض محرمان .

ما يترتب على تجاوز حدود حق إيقاع الطلاق :

لتجاوز حدود حق إيقاع الطلاق آثار وأحكام فى الفقه الإسلامى والقضاء الحديث بالإقليم المصرى .

٢٤٩- أولاً - فى الفقه الإسلامى :

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى الطلاق الذى تجاوز فيه الزوج حدود إيقاع الطلاق (الطلاق البدعى) (١) إلى آراء ثلاثة :

---

(١) يقول إبن قدامة أن الطلاق البدعى هو أن يطلقها حائضًا أو فى طهر أصابها فيه ، ولكن إذا فعل إثم ووقع فى قول عامة أهل العلم - وحالاته : أن يطلقها حال =

الأول - أن الطلاق يقع ويترتب عليه حكمه الشرعى ، ولكنه يأثم ديانة (المذاهب الأربعة السنية ومذهب الشيعة الزيدية) .

والثانى - أن الطلاق البدعى لا يقع وتبقى الزوجية كما كانت (الشيعة الإمامية وأهل الظاهر) .

والثالث - أن الطلاق البدعى يقع رجعيًا وأن البدعة لا تقتصر على الحومة الدينية (بعض الشيعة الإمامية ، وإبن تيمية ، وإبن القيم الجوزية)، وأن وجوب الرجعة هنا هو لرفع الضرر الناشىء عن الطلاق .

ولما كانت المرأة تتضرر بإنقطاع رابطة الزوجية بالطلاق ، وبخاصة من إضعاف فرص الزواج أمامها ثانية ، ومن أجل ذلك فقد رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاث أثرًا يرمى إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة بتشريعها للمتعة (١) .

ويرى أستاذنا العميد الدكتور السعيد مصطفى السعيد (٢) أنه ينبغى الأخذ بأن الآيات الكريمة الخاصة بالمتعة جاءت على وجه الإيجاب . فهى توجب المتعة لكل مطلقة لعموم نصها مع تقييد هذا الإطلاق بالمحكمة التى

=الحيض أو النفاس أو فى طهر حصل فيه أو فى الحيض قبله وقاع ، أو أن يطلقها ثلاثًا ودفعة واحدة أو متفرقة فى طهر واحد ولا وقاع فيه ولا فى الحيض قبله أو متفرقة فى مجلس واحد ، أو أن يطلق المدخول بها طلاقًا بائنًا فى طهر لا وقاع ولا فى الحيض قبله (إبن قدامة - المغنى - جزء ٧ - طبعة ٣ - ص٩١ و٩٢ ، وانظر فى الخلاف بين الفقهاء حول وقوع الطلاق البدعى وعدم وقوعه فى بعض حالاته وما إستندوا إليه : الأحوال الشخصية ، للشيخ زكريا البرديسى - طبعة ١٩٦٥ - ص٣٦١ و ٣٦٢) .

(١) والمتعة هى ما يدفعه الرجل لمطلقته بعد الفرقة بينهما ، لقوله تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعًا بالمعروف حقًا على المحسنين) وقوله جل شأنه (وللمطلقات متاع بالمعروف حقًا على المتقين) ، وقوله عز من قائل : (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تموسهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمشوهن وسرحوهن سراحًا جميلاً) - وقد إختلف الفقهاء الإسلاميون فى تأويل هذه الآيات .

(٢) مدى إستعمال حقوق الزوجية - رسالة دكتوراه - طبعة ١٩٣٥ - ص٢٤٠ و٢٤٤و٢٤٦ .

من أجلها شرعت المتعة على حسب قول المالكية والشافعية وهى جبر الإيحاش الذى يصيب المطلقة بسبب الطلاق ، وعلى ذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة (سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم كان بعده ، وسواء سمى مهر لها أم لم يسم) يتحقق فى طلاقها معنى الإيحاش ، فلا تجب المتعة لمن يكون سبب الطلاق من جهتها ، لأنه لا إيحاش فى هذا الطلاق إذا كانت المطلقة هى التى باشرته (كالمخيرة والمختلعة) لرضاها . ولا تقتصر هذه الحالة على مباشرة المطلقة للطلاق ، بل يجب أن تشمل الحالات التى تكون هى المتسببة فيها فى الطلاق ولو أوقعه الزوج (كما لو أعوج سيرها أو ساء خلقها حتى ألجأت الزوج إلى طلاقها) ، فإنها هى التى تسببت فيما يلحقها من الإيحاش وليس لها أن تطالب الزوج بجبر ما لم يتسبب فيه (١) .

ووجوب المتعة للمطلقة من غير داع على الزوج هى بمثابة تعويض عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق .

ويلاحظ أن الضرر الذى إفترض الفقهاء جبره بالمتعة هو ضرر أدبى محض لأن المقصود بالمتعة – فى نظرهم – هو تطييب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسرية لها عن الفراق ، ولأنها تجب حتى عن الطلاق الرجعى وإن راجعها فى العدة وتتكرر بتكراره على ما يذهب الشافعية (٢) .

وقد إختلف الفقهاء ، فى تقدير المتعة :

---

(١) والمتعة ، والمتاع إسم لما تنتفع فيه ، قال تعالى : (وفاكهة وأبا ، متاعًا لكم ولأنعامكم) وقال سبحانه : (يا قوم إنما هذه الحياة الدنيا متاع) – إن مناط الحكم بالمتعة هو الطلاق ، وأن الحكمة المطلوبة بالحكم هى الترفيه عن المرأة وتخفيف لوعة الأسى والحزن بسبب إستقلال الرجل بالطلاق ، ولهذا لا تجب المتعة بإنفساخ الزواج ، ولا يفسخ القاضى إياه ، (الفرقة بين الزوجين – للأستاذ على حسب الله– طبعة ١ – ١٩٦٨ ص١١٣) وقد قضى بأن المقرر شرعًا أن نفقة المطلقة التى لم تنقضى عدتها على المطلق وتقدر بحسب حال المطلق يسراً وعسراً وأن يستمر المفروض حتى تنقضى عدتها منه شرعاً ، لما كان ذلك وكانت النفقة المفروضة بالحكم الغيابى مناسبة وقد روعى فى تقديرها ما حل بالمطلقة من لوعة الطلاق والامه كنوع من المتعة بما يخفف عنها الطلاق (بلقاس – جلسة ١٩٧١/١٢/٢٢ – القضية ٢٢٢ – سنة ١٩٧١ أحوال نفس) .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – للإمام شمس الدين الرملى – جزء ٦ – ص٢٤ .

فيرى الحنفية والحنابلة - أنها لا تتعدى فى أقصاها نصف مهر المثل . والأصح هو أنه لا حد للمتعة ، وإنما هى على قدر حال الزوجين ، فيقدرها القاضى بما يراه .

أما الضرر المادى فقد يوجد وقد لا يوجد ، وهوأن وجد فمراعاته أولى.

وقال الإمام محمد عبده (١) : « إن فى هذا الطلاق غضاضة وإيهاماً بأن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه منها شىء ، فإذا هو متعها متاعاً حسناً ، تزول هذه الغضاضة ، ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة لنزاهتها ، والإعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها ، لأن الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاعة ، فجعل هذا التمتيع . كالمرهم لجرح القلب ، لكى يتسامع به الناس ، فيقال : إن فلاناً أعطى فلانه كذا ، وكذا ، فهو لم يطلقها إلا لعذر ، وهو أسف عليها ، معترف لفضلها ، لا أنه رأى عيباً فيها ، أو رابه شيئاً من أمرها (٢) .

ويرى المالكية أن المتعة مندوب إليها ، ولا يجبر المطلق عليها ، وأن المطلق أمر بها تطييباً لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسرية لها على الفراق (٣) .

مفاذ نص المادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح تستحق متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وفقاً لحال المطلق يسراًوعسراً وظروف

---

(١) تفسير المنار - جزء ٢ - ص٤٣٠ .

(٢) ويروى الدارقطنى عن سويد بن غفلة قال : (وكانت عائشة الخشمية عند الحسن بن على فلما أصيب على ، وبويع الحسن بالخلافة ، قالت لتهنئك بالخلافة يا أمير المؤمنين ، فقال : (يقتل على وتظهرين الشماتة ، إذهبى فأنت طالق ثلاثاً) قال : فتلفعت بساجها ، وقعدت حتى إنقضت عدتها ، فبعث إليها بعشرة آلاف درهم متعة ، وبقية ما بقى من صداقها ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق . فلما بلغه قولها بكى ، وقال : لولا أنى سمعت جدى أو حدثنى أبى أنه سمع جدى يقول : أيما رجل طلق إمرأته ثلاثة مهمة ، أو ثلاثة عند الإقراء لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، لراجعتها) « تفسير القرطبى - جزء ٢ - ص٢٠٢ »

(٣) مقدمات إبن رشد - جزء ٢ - ص١٠١

الطلاق ومدة الزوجية إذا طلقها دون رضاها ولا بسبب من قبلها

إن مجرد ترك الزوجة منزل الزوجية لا يؤثر فى إستحقاق المتعة إذ لا يفيد رضاها بالطلاق ، كما لا يدل على أنه كان بسبب من جانبها إلا إذا كان هذا الترك هو السبب المباشر الذى أدى إلى فصم عرى الزوجية وهو ما تستقل بتقديره محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية ولا رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها معينها من الأوراق ولا يحاج بالحكم الصادر إسقاط نفقة المطعون ضدها لنشوزها لإختلاف المناط فى إستحقاق النفقة والمتعة ، إذ تستحق النفقة للزوجة مقابل إحتباس لزوجها وقصرها عليه تحقيقاً لمقاصد الزواج ، بينما سبب الحق هو الطلاق، والأصل فى تشريعها جبر خاطر المطلقة وفيها ما يحقق المعونة المادية لها على نتائج الطلاق (١) .

رأى القضاء المصرى فى التعويض عن الطلاق :

٢٥٠- ثانياً : فى القضاء الحديث بالإقليم المصرى .

فقد عرضت المسألة على محكمة الإستئناف المختلطة (الملغاة إعتباراً من ١٥/١٠/١٩٤٩) وقضت فيها بأن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف يشاء ، فليس لمن تتزوج به وهى عالمة بذلك . أن تطلب تعويضاً عنه بعد وقوعه ، وأن التعويض الوحيد لها هو مؤخر الصداق(٢).

---

(١) نقض - جلسة ٢٣/٦/١٩٩٧ - الطعن ٣٥٤ لسنة ٦٣ق (أحوال) المحيط - للمستشار حسن منصور طبعة ١٩٩٨ - ص٥٧٠ .

(٢) وتخلص وقائع هذه الدعوى فى أن مصرياً مسلماً تزوج بأجنبية غير مسلمة ثم طلقها فإستردت جنسيتها الأولى التى كانت لها قبل الزواج . فأقامت دعوى أمام القضاء المختلط مطالبة إياه بتعويض مالى عن طلاقه إياها ، وإستندت فى ذلك على أنه أساء فى إستعماله لحقه فى إيقاع الطلاق مما يجعله مسئولاً عن تعويض الضرر الذى أصابها من جراء ذلك فقضت محكمة الإستئناف المختلطة بجلسة ٢٠/٦/١٩٢٢ برفض طلب الزوجة للأسباب الواردة بالمتن .

(Gazette de Tribunaux Mixte.13.19.page 55) .

وأيضاً : إستئناف الجزائر - جلسة ١٢/١١/١٩٢٥ المجلة الجزائرية - ص١٢٨

أما المحاكم الأهلية (الوطنية) فقد إختلف قضاؤها إلى رأيين :

الأول – يقوم على أن الطلاق فى الأصل ممنوع ، وهو لا يباح إلا لحاجة، فهو ليس مباحاً للزوج إباحة مطلقة ، وإنما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة إليه ، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب يكون قد أساء فى إستعمال حقه ، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء أكان الضرر مادياً أو أدبياً (١) .

الثانى – يقوم على أن الطلاق حق مطلق للزوج ولا يترتب عليه للمطلقة سوى إستحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها ، وأن مؤخر الصداق ونفقة العدة هما كل التعويض المستحق للمطلقة .

٢٥١– ومن تطبيقات الرأى الأول :

١– ما قضت به محكمة مصر الإبتدائية الوطنية بجلسة ٢٠ كانون سنة ١٩٢٦ (٢) وقد رأت أن المدعى عليه وإن كان له الحق فى الطلاق ، إلا أنه يجب ألا يساء إستعمال ذلك الحق الممقوت – وقد جاء بأسباب ذلك الحكم : (... أنه قد تعترى الزوجة أمور تكون فوق طاقة الزوجين وأهلهما ، فقضت حكمة المولى جل شأنه بوجود مشروعية الطلاق « فهو إذن حق مشروع ولكن للضرورة ، وليس من المروءة الإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بإمرأة وبغير سبب يطلقها ، فهو بإستعماله ذلك الحق الذى أعطى له قد أساء إلى الحق وإلى نفسه وإلى غيره ، وليس لصاحب الحق قانوناً أن يسىء إلى الغير بإستعماله ما خول له من الحقوق » .

٢– وما قضت به محكمة شبين الكوم الإبتدائية (٣) من أنه إذا تعهدالزوج لزوجته بأن لا يتزوج عليها وإلا طلقت منه طلقة بائنة ، وأن

---

(١) كما لو كانت الزوجة تمارس عملاً تتكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج بناء على طلب الزوج وهذا يمثل الضرر المادى ، ويتمثل الضرر الأدبى فيما لو كانت ملابسات الطلاق مما يثير الظنون حول سمعة المطلقة .

(٢) هذا الحكم المنشور فى كتاب « الطلاق فى الإسلام » – لمولاى محمد على – مطبعة المناهل – بيروت – ص٥٢ .

(٣) شبين الكوم الإبتدائية – جلسة ١٠/١٢/١٩٣٠ – المحاماة – السنة ١١ – رقم ٢٢٧ – ص٥٤٠ وما بعدها .

يدفع لها فوق ذلك مبلغاً معيناً على سبيل التعويض ، فهذا التعهد صحيح وليس فيه ما يخالف النظام العام (١) .

٢٥٢- وما قضت به محكمة إستئناف القاهرة بجلسة ١٩٥٨/٢/٢٣ ، إذ قررت أن القول بأن الشريعة الإسلامية تجيز الطلاق لمجرد رغبة الزوج في الخلاص من الزوجية ، وأنه لا يترتب عليه أية مسئولية غير التى خولها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق ونفقة أو متعة ، لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية وهى التخلص من زيجة لا يجد فيها مودة ولا رحمة بحسب رأيه هو ، لأنها مسألة نفسية يجب سترها ولا يجوز أن تعرض على القضاء - هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه فى دين الله ولا سنة رسوله ، فقد أوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التمهل فى الطلاق . والفقهاء مجتمعون على تحريم الغير على الزوجين بما لا يخفى ، وفيه أيضاً مخلة لمقتضى الفطرة ، ولما من الله به على عباده فى الآية الكريمة :

« ومن اياته ... (٢) » فإن الزوجة إذا كانت معيبة فى خلقها أو خلقها لا تسكن إليها النفس ، ولا تكون مصدراً للمودة والرحمة ، فاستمرار المعيشة معها يجعل العيش لا يطاق .

---

(١) وقضت محكمة النقض المصرية بأن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وإنما ينتفى الإلتزام بالتعويض إذا كانت الزوجة هى التى دفعت بفعلها إلى تطليقها ، وهذا من الأمور الموضوعية التى تقدرها المحكمة حسب ظروف كل دعوى وملابستها (نقض - جلسة ١٩٤٠/٢/٢٩ - المحاماة - السنة ٢٠ - رقم ٤٨٣ - ص١١٤٦) ، ويعلق المستشار حسين عامر على هذا الحكم بقوله إن محكمة النقض تكون - بهذا الحكم قد اقرت مبدأ التعويض عن إستعمال حق الطلاق فى الحالة التى تكون الزوجة هى الدافعة بفعلها إليه ، حسبما يبين من ظروف كل دعوى من التعسف فى إستعمال الزوج لهذا الحق وقد تضمن هذا الحكم رفض ما يثار من أن الشريعة الإسلامية تخلط حماية الطلاق وسريانه وإعفاء الزوج من ضرورة الإفضاء بما دعاه إلى الفرقة مما لا يتأتى معه إمكان النظر فى تضمين الزوجة ، الأمر الذى يستوجب هتك الأسرار وكشف أسباب الطلاق ، وهذا قول لا أثر له فى بحوث الفقهاء (نظرية سوء إستعمال الحقوق - طبعة ١ - ١٩٤٧ - ص٢١٠) .

(٢) ومن أياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، أن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

٢- وقضت محكمة إستئناف مصر [١] أيضاً بأن :

« الطلاق مباح فلا يترتب عليه فى الشريعة الإسلامية أية مسئولية إلا الحقوق التى يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة حتى ولو كان الطلاق بلا سبب فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون مبغوضاً من الله أى يرتكب معصية دينية لأن الحقوق التى بين الإنسان وربه لا يسأل عنها فى الدنيا ، ولكن يسأل عنها فى الآخرة » .

٣- وقضت تلك المحكمة كذلك [٢] بأن :

الطلاق بغير سبب ، فإن وقع ، ولو أن أحكامًا تترتب عليه ، إلا أنه يكون مخالفاً لنصوص القرآن والسنة ، ويكون وقعه آثماً وخارجاً على حكم الشريعة ، إن الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين إن إستعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقًا للمادتين ٤و٥ من القانون المدنى ، ولم يقصد منه سوى الإضرار بالغير ، من الفقه الإسلامى ومن التطبيقات العملية التى إنتهى إليها القضاء وعن طريق الإجتهاد - إن الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج (كالمهر والنفقة) لا تدخل فى التعويض الذى يقضى به الطلاق التعسفى [٣] .

---

(١) إستئناف مصر - جلسة ١٧ كانون الثانى ١٩٣١ - منشور بكتاب : الطلاق فى الإسلام - لمولاى محمد على - ص٢ .

(٢) إستئناف مصر - جلسة ١٨ كانون الأول ١٩٢٧ - الطلاق فى الإسلام - المرجع السابق - ص٥٢ - وقد كانت وقائع القضية أن رجلاً كان قد تزوج من إمرأة وكانت تعمل مدرسة ، وترتب على زواجها أن تركت وظيفة التدريس وسقوط حقها فى المرتب ، ولم يمض على زواجها إلا القليل حتى طلقها زوجها ، فرفعت الزوجة على مطلقها دعوى تعويض مدعية أن زوجها لم يستعمل حقه ولكنه أساء إستعماله مرتكنة إلى نظرية سوء إستعمال الحق فقضت محكمة أول درجة للمطلقة بالتعويض ، فإستأنف الزوج (اطلق الحكم ، فقضت محكمة إستئناف مصر بإلغاء ذلك الحكم ورفض دعوى الزوجة ، وجاء بأسباب ذلك الحكم ما أوردناه بالمتن .

(٣) إستئناف القاهرة جلسة ١٩٥٨/٢/٢٣ - الإستئناف ٦٤٦ لسنة ٧٢ق - المحاماة- السنة ٢٩ - عدد ٨ص ٨٥٧

٤- وما قضت به محكمة النقض (١) فى حكم حديث لها - أخذاً بالمفهوم المخالف لقضائها - أنه إذا قصد الطلاق تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فإن ذلك يكون سبباً لطلب التعويض .

٢٥٣- ومن تطبيقات الرأى الثانى :

١- ما قضت به محكمة إستئناف مصر من أن حق الطلاق مخول فى الشريعة الإسلامية للزوج ، ولا يترتب على إستعماله من الأحكام سوى إستحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التى يراعى فى تقديرها حالة المطلق المالية ، وهذا أمر مجمع عليه فى كتب أئمة المسلمين ولا خلاف فيه عند فقهائهم ، وإن الجرى على خلاف ذلك قد يكون فيه إحراج للأزواج وإلزامهم بمعاشرة من لا يطيقون معاشرتهم من النساء لعيوب نفسية أو خلقية . وفى ذلك ما فيه من أن حق إيقاع « الطلاق حق مطلق بحكم الشريعة الغراء والزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا ، وهى تعلم وقت العقد والنتائج التى تترتب على عقدها ، فلا يجوز لها أن تتظلم منها ، والشريعة قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض ، والمناقشة فى التعويض تستلزم الخوض فى أسباب الطلاق وفى ذلك فضح لأسرار العائلات . وأخيراً فإن المصلحة العامة تقضى بأن لا يلزم زوج بمعاشرة زوجة قد لا يطيق معاشرتها لعيب نفسى أو خلقى فيها ، وفى الحكم عليه بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة » .

٤- وقضت أيضاً (٢) بأن :

الطلاق فى الشريعة الإسلامية غير ممنوع بل هو جائز حتى لمجرد الرغبة فى الخلاص من الزوجة ، فهو حق مطلق لا تترتب عليه أية مسئولية سوى الحقوق التى يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة ... إلخ . حتى لو كان الطلاق بلا سبب .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٣٠ - الطعن ٥٢٢ لسنة ٢٦ق - مجموعة المكتب الفنى- السنة ١٤ - مدنى وأحوال شخصية - العدد ١ ص١٨٩ وما بعدها .

(٢) إستئناف مصر - جلسة ١٩٣٦/١/٢٢ - الفهرس العشرى الرابع للمجموعة الرسمية - قاعدة ١٥١٨ - ص٢٢٧ .

٢٥٤- أما القضاء الفرنسي - فقد إنتهى إلى الحكم بالتعويض عما يحدث من ضرر مادى أو أدبى بسبب الطلاق ، وأن هذا التعويض هو غير ما يقرره القانون المدنى الفرنسى من النفقة ، فقد قضت محكمة Caen بأن[١]:

(La rupture du mariage par le divorce autorise le Conjoint qui obtenu le divorce de demander, outre la dension, revue d'rticle 391du code civil,reparation du preiudice materiel ou morale lui cause par le divorce).

رأى الفقه المصرى فى التعويض عن الطلاق :

٢٥٥- يرى الدكتور السنهورى [٢] أنه إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس فى ذلك ما يخالف أحكام الشريعة ولا النظام العام . ولكن هذا التعهد ينتفى الإلتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

٢٥٦- ويذهب أستاذنا العميد اللدكتور السعيد [٣] إلى أن الرأى الصحيح هو الذى يقول بالتعويض ، وأن المتعة المقررة فى الشريعة الإسلامية أساس تشريعى قديم للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال حق إيقاع الطلاق [٤] ، وذلك لأن حق إيقاع الطلاق - إن كان

---

(١) محكمة كان - جلسة ١٩٤٢/٣/١٩ - سيرى ١٦٤٥ - ص١٦ ، ومحكمة باريس جلسة ١٩٤٤/١٢/١٥ - داللوز ١٩٤٥ - ل ٢٠٥ - جازيت دى باليه ١٩٤٥ - ٢٨ ، وفى هذا محكمة النقض الفونسية - جلسة ١٩٤٥/٥/٢ - ٤٥ - ٢ - ٢٨٢٦ ، وجلسة ١٩٤٦/١/٢٨ - داللوز ١٩٤٦ ، ل ٢٥ ، والمسئولية المدنية - للمستشار حسين عامر ، طبعة ١ ، ١٩٥٦ ، ص٢٩٣ .

(٢) الوسيط ١ - مصادر الالتزام - للدكتور عبد الرازق أحمد السنهورى - طبعة ٢- ١٩٦٤ - ص ٤٤٨ هامش ١ .

(٣) مدى إستعمال حقوق الزوجية ، رسالة دكتوراه ، للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص٢٥٣ ، قارن حقوق المرأة للأستاذ حسنى نصار ، طبعة ١٩٥٨ ، ص٤٣٩ وما بعدها .

(٤) أما القضاء فى السودان فلم يبد إلى الآن رأياً فى الحكم بالتعويص للمطلقة أو عدم الحكم به لعدم وجود قضايا من هذا النوع ، ويرجع ذلك إلى التقاليد السودانية التى تحول غالبًا دون مطالبة المطلقة بتعويض من مطلقها (الطلاق - للدكتور أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص٨١) .

مفوضاً للزوج بحسب أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه مقيد - عند الفقهاء- بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ، وألا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية فى حالة الطلاق ، فقول غير صحيح إطلاقاً ، لأن المهر من أحكام عقد الزواج وتستحقه الزوجة بالعقد .

٢٥٧- ويرى الدكتور أحمد الغندور [١] أنه إذا ما راعينا قصد الشريعة والمبادىء التى رسمها الإسلام للطلاق ، نجد أن حق إيقاع الطلاق وإن كان للزوج بحسب أحكام الشريعة ، فهو مقيد - عند كثير من الفقهاء - بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ، وألا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر فوق حل رابطة الزواج ، وأما القول بأن مؤخر الصداق والنفقة كالتعويض ، ففيه نظر ، لأن المؤخر والنفقة لم يفرضا على الزوج ، بوصفهما تعويضاً عن الطلاق ، وإنما الأول حق للمرأة والثانى نظير إحتباسها لزوجها - والرأى الوجيه أن المتعة أساس تشريعى للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال حق إيقاع الطلاق ، فللقاضى معاقبة من يسىء إستعمال حق إيقاع الطلاق بتعويض المرأة بقدر مالى ، سواء أكان دفعة واحدة أم على أقساط حتى تتزوج أو تموت ، زجراً لأمثاله عن إساءة إستعمال ما خوله الشرع له ، ولم يقررها الفقهاء تعويضاً على من يستعمل حقه إستعمالاً يترتب عليه ضرر ظاهر بالمرأة .

٢٥٨- ويرى الدكتور محمد سلام مدكور [٢] إن القول بالمتعة ما هو إلا تعويض للمطلقة على ما أصابها بسبب الطلاق من عضاضة وليرفع عنها وصف الإساءة ، ونحن إذا قلنا بالتعويض فإننا نتجه وجهة الشافعى فى قصره على حالات الطلاق بعد الدخول التى يستبد فيها الرجل ، ولا يكون بالإتفاق أو القضاء ، وكذلك يجب التعويض للرجل إذا كانت المرأة هى التى إستبدت بالطلاق . وقد نصت المادة ١٧٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية على وجوب المتعة للمطلقة بعد بالمطلق قبل الدخول أو

---

(١) الطلاق للدكتور أحمد الغندور - المرجع السابق - ص٧٨و٧٩ .

(٢) أحكام الأسرة فى الإسلام - جزء ٢ - للدكتور محمد سلام مدكور - طبعة ١٩٦٧ - ص٣٣ .

الخلوة ولم يسم لها مهراً كي لا يتوهم أن يشار فيها إلى حكم وجوب المتعة الوارد في المادة ٥١ والخاص بالمطلقة قبل الدخول أوالخلوة ولم يسم لها مهراً كي لا يتوهم أن وجوب المتعة قاصر على المطلقة بعد الدخول فقط ليقال فيها : « مع ملاحظة ما جاء في المادة ٥١ فإن الزوجة المدخول بها ... إلخ (١) .

٢٥٩- ويقول الأستاذ حسني نصار (٢) أن الشريعة الإسلامية تكون قد جعلت للمطلقة حقاً في تعوضها بالمعروف ، إذا كانت تستحقه فعلاً ، لا ظلمًا ، ولا طمعًا ، ولا عدواناً ، فإذا طلق رجل زوجته التي دخل بها ، وكان طلاقه تعسفياً ليس له ما يبرره ،وقع طلاقه نافذاً ، وإنما يستحق عليه للزوجة تعويضًا ، إذا ثبت أنه إرتكب خطأ في طلاقها ، ويقدر التعويض عندئذ على قدر الخطأ أو الضرر ، وما بينهما من علاقة السببية طبقًا للقواعد العامة في التعويض - وطبيعي أن مثل هذا التعويض المقترح لا يمكن أن يقضي به إلا بنص قانوني صريح ، ومن ثم فليس للقاضي أن يأخذ بهذا التفسير قبل أن يقرره المشرع صراحة .

٢٦٠- والرأي عندنا هو تأييد النظر القائل بأن لا يساء إستعماله وإلا ترتب للمطلقة الحق في مطالبة المطلق بالتعويض عما نالها من جراء ذلك من ضرر مادي أو أدبي ، للحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي ، والتي نضيف إليها أن المشرع الوضعي قد أظهر إهتمامه البالغ بنظرة التعسف في إستعمال الحق حين أحلها مكاناً بارزاً في الباب التمهيدي لتكون من المبادىء الهامة التي تسود جميع نواحي القانون ، ولم يرد بالضرورة أن يقيم المبدأ على غير أساس قانوني ، فالتعسف في إستعمال الحق ليس إلا صورة من صورتي الخطأ التقصيري . فيدخل بذلك الإعتبار في نطاق المسئولية التقصيرية-ويبدو واضحاً أن الأحوال التي نصت عليها المادتان ٤،

---

(١) وتنص المادة ٧٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية على أن (الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولم تكن إساءة من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بما يجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج وتدفع على أقساط شهرية عقب إنقضاء عدتها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك في المقدار وكيفية الدفع).

(٢) حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية - الأستاذ حسني نصار - المرجع السابق ص ٤٤١- وقارن رسالة الدكتور مصطفى الرافعي - جامعة باريس - طبعة ١٩٥٠ - ص ٤٠ وما بعدها.

٥ مدنى فى بيان متى يكون إستعمال الحق مشروعاً وغير مشروع ، لم يقصد المشرع إيرادها على سبيل الحصر ، بل - كما تقول المذكرة الإيضاحية - إن هذه الضوابط تهيىء للقاضى عناصر نافعة للإسترشاد .وحق الطلاق كغيره من الحقوق يمكن أن يرتب فى جانب من يسىء إستعماله تعويضاً لمن لحقه ضرر (وهى المطلقة) سواء أكان الضرر مادياً أو أدبياً .

المقرر فى قضاء النقض أن الشريعة الإسلامية قصرت الحق فى إيقاع الطلاق على الزوج دون غيره ، فإذاطلق القاضى الزوجة على زوجها فإن فعله هذا - وفقاً لمذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج ، فكأنه طلقها بنفسه ، مما يستوى معه فى شأن إستحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ، نيابة شرعية (١) .

المحكمة المختصة بنظر دعوى التعويض عن الطلاق :

٢٦١ - المطالبة بالتعويض عن إساءة إستعمال حق الطلاق تستند فى الواقع إلى الخطأ التقصيرى الذى نظمت أحكامه المادتان ٤و٥ من القانون المدنى ، ومن ثم تكون المحكمة المدنية هى المختصة بالفصل فى طلب التعويض عن الطلاق .

ولقد نصت المادة ٨ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية وإنشاء دوائر الأحوال الشخصية على أن تختص المحكمة الإبتدائية بدعوى الطلاق إلا إنها لم تتعرض بشىء بالنسبة للتعويض عن إيقاعه ، ومن ثم فقد تركت ذلك للقواعد الخاصة موضوعياً وللقواعد العامة إجرائياً، فدعوى التعويض إذن تحكمها قواعد تقدير قيمة الدعوى ، فتكون المحكمة الجزئية بهيئة مدنية هى صاحبة الولاية إذا كان التعويض عن الطلاق لا يتجاوز إختصاص القاضى الجزئى أى إذا كانت قيمة الدعوى لا تزيد على ٥٠٠ جنيهاً (م٤٢ من قانون المرافعات) ، وتكون المحكمة الإبتدائية هى

---

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/٢٨ - الطعن ٨٤ لسنة ٦٣ق (احوال) - المحيط - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص٥٥٧ ، وص ٥٦٢ ، وص٥٦٦ .

المختصة قيمياً بنظر دعوى التعويض عن الطلاق إذا زادت قيمة الدعوى عن ٥٠٠ جنيه .

فإذا كانت الدعوى قد رفعت إلى دائرة الأحوال الشخصية سواء أكانت أصلية أو رفعت بطريق التبع لدعوى من دعاوى الأحوال الشخصية فإنه ليس صحيحًا فى القانون الدفع بعدم الإختصاص بمقولة أن الدعوى من إختصاص الدائرة المدنية ، ذلك أن توزيع العمل على دوائر المحكمة الإبتدائية هو تنظيم إدارى داخلى جاء تنفيذاً لقرار الجمعية العمومية لقضاة المحكمة ، فإذا لم تشأ دائرة الأحوال الشخصية أن تتخلى عن الدعوى وتحيلها إلى الدائرة المدنية فلها أن تفصل فيها وفقًا للأحكام القانونية الواجبة التطبيق فى المسائل المدنية .

أما إذا رفعت دعوى تعويض عن الطلاق بدفع يثير نزاعًا تختص بالفصل فيه محكمة الأحوال الشخصية ورأت المحكمة المدنية أن الفصل فى التعويض يتوقف على الفصل فى الدعوى ، وجب عليها أن توقف الدعوى حتى يستصدر الخصم الموجه الدفع إليه حكماً نهائيًا من الجهة المختصة محددة له ميعاداً لإستصدار ذلك الحكم فإذا لم تر لزوماً لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى ، وإذا قصر الخصم فى إستصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها (م١٥ ق٤٣ لسنة ١٩٦٥ بشأن السلطة القضائية (١) ، وم١٢٩ مرافعات) ، وذلك ما لم تكن دعوى التعويض مقامة أمام دائرة من دوائر المحكمة الإبتدائية ولم تشأ الدائرة أن تتخلى عن الفصل فى الدفع المبدى أمامها . وصورة ذلك الدفع من قبل المطلق أن ينكر حصول الطلاق ، أو أن الطلاق كان كطلب الزوجة وبناء على فعل من جانبها كإختيارها نفسها فى الخيار أو لإرتكابها فعلاً ألجأ الزوج إلى طلاقها كالزنا ونحوه .

---

(١) تقابل المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية الجديد رقم ٦ لسنة ١٩٧٢ - المنشور بالجريدة ، الرسمية - فى ٥/١٠/١٩٧٢ - العدد ٤٠ .

الفرع الثالث

إختصاص المحاكم الإستئنافية الشرعية

٢٦٢- نظمت المادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ القواعد الآتية :

-الطعن بالاستئناف من النيابة - نصت المادة ٥٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن للنيابة العامة فى جميع الأحوال الطعن بالاستئناف فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها ، وتتبع فى ذلك أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية .

حكم هذه المادة مستحدث .

وتنظر بوجه خاص المادة ٢٣٦ فقرة ثانية من قانون المرافعات والمادة ٢٤٠ والمادة ١٢٦ منه .

-نظر الاستئناف والطلبات الجديدة - نصت المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الاضافة إليها ، كما يجوز ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة .

وفى الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسباً على الأسباب أو الطلبات الجديدة (١) .

- طرح ما فصل فيه الحكم المستأنف على محكمة الاستئناف - نصت المادة ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يترتب على الطعن

---

(١) يراجع ما ورد سابقًا عند الكلام عن الأحكام الجديدة فى القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات ، وبخاصة عن الطلبات الجديدة فى الاستئناف .

بالاستئناف فى الحكم القطعى الصادر وفقًا لحكم المادة ١ من هذا القانون طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف . وحتى تصدر هذه المحكمة حكمها النهائى يجوز لها اصدار مؤقت واجب النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة أو تعديل النفقة التى قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان (١)

استئناف المواد المرتبطة –نصت المادة ٦٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠ على أنه مع عدم الاخلال بحقوق الغير حسن النية يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر فى مادة من مواد الولاية على المال ، استئنافاً للمواد الأخرى التى لم يسبق استئنافها وترتبط بالحكم أو القرار المستأنف ارتباطاً يتعذر معه الفصل فى الاستئناف دون اعادة الفصل فيها

– **ميعاد الاستئناف** – نصت المادة ٦١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن ميعاد الاستئناف ستون يوماً لمن لا موطن له فى مصر دون اضافة ميعاد مسافة (٢) .

المنازعات الشرعية المستعجلة :

٢٦٣ – ومن صور المنازعات المستعجلة :

١– طلب إستلام طفل فى يد حاضنته إذا كان فى وجوده لديها خطر يهدد حياته أو صحته

٢– طلب الزوجة إلى منزل الزوجية خشية المفسدة إذا كان ذلك واضحاً بصورة جدية ، ولو كانت قد رفعت دعوى طلاق .

ومن ثم يمكن القول بإختصاص قاضى الأمور المستعجلة وقاضى

(١) انظر سابقاً البند السابع عشر

(٢) قارن نص المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حيث تحدد ميعاد الاستئناف أربعين يومًا فقط و١٥ يومًا للمواد المستعجلة و٦٠ يوما من النائب العام او من يقوم مقامه

التنفيذ (١) بالمسائل المستعجلة وإشكالات التنفيذ (٢) .

وسوف نعود لاحقًا فى (نظرية تنفيذ الأحكام الشرعية) إلى بحث اختصاص قاضى التنفيذ باشكالات التنفيذ الوقتية واشكالات التنفيذ المتعلقة بأصل الدعوى (الموضوعية) التى تثار عند تنفيذ الأحكام الشرعية .

---

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المجلد ١– ص١٦٩ ، وبحثه : قاضى التنفيذ – مجلة قضايا الحكومة – السنة ١٨ – العدد ٣– ص٦٣٢ وما بعدها .

(٢) وقد اورد الأساتذة محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل وفاروق راتب فى مؤلفهم أن الوضع بالنسبة للمنازعات المستعجلة المتصلة ، بالمسائل المدنية والتجارية ، كما أن إشكالات التنفيذ المتصلة بالأحكام التى تصدر من هذه الدوائر يتبع فى شأنها أمام قاضى التنفيذ ما يجرى بالنسبة لإشكالات التنفيذ فى الأحكام التى تصدر من الدوائر المدنية أو التجارية مع مراعاة ما قد يكون من نصوص خاصة فى صدد مسألة معينة تقيد الإختصاص المستعجل أو تمنعه (قضاء الأمور المستعجلة – الكتاب ١ – ١٩٦٨ – ص٧٨١) .

الفصل الثانى

الإختصاص المحلى للمحاكم الشرعية

الإختصاص المحلى بالنسبة لإقامة المدعى عليهم :

٢٦٤- - يتحدد الموطن فى مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠ و ٤٢ و ٤٣ من القانون المدنى [(١)] (م١٥/١ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

وبمراعاة أحكام المادتين١٠ ، ١١من هذا القانون (تنظر فيما تقدم فى البندين سابع عشر وثامن عشر) ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه. فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى .

وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم .

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتى :

---

(١) المادة ٤٠ مدنى - الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما .

المادة ٤٢ مدنى موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً .

ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص النسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون اهلاً لمباشرتها .

المادة ٤٣ مدنى - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (ينظر فى التعليق على هذه المواد ، كتابنا : التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل - جزء ١ - طبعة ١٩٩٣ .

١- تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال فى المواد الآتية :

(أ) النفقات والأجور وما فى حكمها ، والحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما .

(ب) المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها .

(جـ) التطليق والخلع والابراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

٢- تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى فى مصر بتحقيق اثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات ، فإن لم يكن للمتوفى موطن فى مصر يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها أحد أعيان التركة .

٣- يتحدد الاختصاص المحلى فى مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتى :

(أ) فى مواد الولاية بموطن الولى أو القاصر ، وفى مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو للقاصر .

(ب) فى مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً.

(جـ) فى مواد الغيبة بآخر موطن للغائب .

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن فى مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب أو التى يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته .

(د) إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً جاز للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها الموطن الجديد .

(هـ) تختص المحكمة التى أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من

يخلف الولى - سواء أكان وليًا أو وصيًا - إلا إذا رأت من المصلحة احالة المادة إلى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطن القاصر .

٤- فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية ، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروط الواقف والاستحقاق فى الوقف والتصرفات الواردة عليه ، للمحكمة الكائنة فى دائرتها أعيانه ، أو الأكبر قيمة إذا تعددت ، أو المحكمة الكائن فى دائرتها موطن ناظر الوقف ، أو المدعى عليه (م١٥ ق١ لسنة ٢٠٠٠) .

الباب الثالث

حضور الخصوم وغيابهم

القانون الواجب التطبيق فى شأن حضور وغياب الخصوم:

٢٦٥- قلنا إن قانون إلغاء المحاكم الشرعية والملية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد إستبقى بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تتناول إجراءات المرافعات وأحكامها وطرق الطعن فى الأحكام والتنفيذ (١) ، كما أنه فى نفس الوقت قد أحال إلى قانون المرافعات فى شأن ما عداها .

ومن ثم كان من المحتم تعيين القانون الواجب التطبيق فى شأن الحضور والغياب .

كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنظم فى الفصل الثانى من الباب الثانى من الكتاب الرابع أحكام حضور الخصوم أو وكلائهم فى المواد من ٧٤ إلى ٨١ .

ويلاحظ أن بعض أحكام تلك المواد تتفق مع ما تضمنه قانون المرافعات المدنية (الجديد والقديم) فى الفصلين الأول والثانى من الباب الثالث من الكتاب الأول (حضور الخصوم وغيابهم) من حيث سؤال الخصوم وحضور وكلائهم ومن لهم حق الحضور وما إلى ذلك .

كما أنه - على الجانب الآخر - يلاحظ أن بعض هذه الأحكام لا مثيل له فى قانون المرافعات كالحالة التى تناولتها المادة ٧٨ من اللائحة الشرعية ، والخاصة بتعيين مندوب لإحضار المدعى عليه لرد الطفل إلى حاضنته ، وتحليف أحد الزوجين اليمين الشرعية عند العجز عن إثبات ما يوجب فرقة

---

(١) نقض - الطعن رقم ٢ لسنة ٢٨ القضائية (أحوال شخصية) - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى وأحوال - العدد ٢ - ص٣٨٢ وما بعدها.

النكاح ، وهى من السمات المميزة بالدعوى الشرعية ، ودليلاً على ما تتمتع به من ذاتية خاصة .

غير أن مواد اللائحة الشرعية تلك (من ٧٤ إلى ٨١) (١) قد ألغيت بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م١٣منه) ، ومن ثم فقد أصبحت أحكام الحضور والغياب الواردة بقانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (المواد من ٧٢ حتى ٨٦) هى الواجبة التطبيق .

---

(١) فقد تضمنت المواد ٧٤و٧٥و٧٦ من اللائحة الشرعية أحكام حضور الخصوم . انفسهم أو بوكلائهم ، وما يشترط فى التوكيل ، وإعتبار محل الوكيل فى أحوال الإعلان وما يتعلق بها بمجرد صدور التوكيل . ونصت المادة ٧٧ على الحظر على رجال القضاء الشرعى ومستخدمى المحاكم الشرعية الوكالة على الخصوم فى المرافعة وإبداء الرأى فى القضايا أمام المحكمة ، بإستثناء تقديم المشورة لأقاربهم لغاية الدرجة الرابعة فى الخصومات لهم أمام محاكم أخرى . ونصت المادة ٧٨ على أن للقاضى أن يعين مندوباً لإحضار المدعى عليه فى أقرب وقت فى حالتين : رد الطفل إلى حاضنته – تحليف أحد الزوجين الذى يتوجه عليه اليمين الشرعية عند العجز عن إثبات ما يوجب فرقة النكاح . ونصت المادة ٨١ على شطب الدعوى إذا لم يحضر الخصوم أو فى يوم تعينه لذلك . ونصت المادة ٨٠ على أن للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لسماع أقوال الخصم المطلوب حضوره الذى منعه عذر مقبول ، وتحرير محضر بأقواله . ونصت المادة ٨١ على شطب الدعوى إذا لم يحضر الخصوم أو وكلائهم فى أول جلسة أو فى أى جلسة أخرى ، وكذلك إذا حضروا وإتفقوا على الشطب .

الفصل الأول

حضور الخصوم ، والتوكيل بالخصومة

٢٦٦– تقضى المادة ٧٢ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ سنة ١٩٦٨ بأن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة عند نظر الدعوى ، إما بأنفسهم أو بوكلاء من المحامين ، أو الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة ، وقررت المادة ٧٣ منه قواعد إثبات الوكالة ومنح الميعاد اللازم لذلك (١) .

وبالنسبة لحضور المحامى وكيلاً عن أحد طرفى الخصومة ، فقد نظمت المواد ٩٢,٩١,٩٠,٨٩ من قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ أحكامه ومؤداها أن حضور المحامى موكلاً عن الخصوم إما أن يكون بمقتضى توكيل خاص أو توكيل عام . فإن كان التوكيل خاصاً فقد وجب على المحامى أن يودعه بملف الدعوى فى جلسة المرافعة ، وإن كان عامًا فيكتفى بالإطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة ، وليس للموكل إسترداد سند التوكيل عند إنتهائه ، وللمحامى سواء أكان خصمًا أصليًا أو وكيلاً فى دعوى أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعة أو فى غير ذلك من إجراءات التقاضى محاميًا آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع ذلك ، كما أن للمحامى أن يسلك الطريق التى يراها ناجحة فى الدفاع عن موكله ، ولا تجوز مساءلته عما يورده فى مرافعته كتابية كانت أو شفاهة مما يستلزمه حق الدفاع . ثم بينت المواد من ١٢٢ حتى ١٢٥ من قانون المحاماة الجديد واجبات المحامى ومقتضيات المهنة وواجباتها ومسئولياتها .

---

(١) إن مباشرة المحامى للدعوى بتكليف من ذوى الشأن قبل صدور توكيل له منهم بذلك ، لا يؤثر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – فى سلامة الإجراءات التى يتخذها فيها ، إلا إذا أنكر صاحب الشأن توكيله لذلك المحامى (نقض – جلسة ١٠/١١/١٩٧٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – العدد ٣ – مدنى وأحوال – ص١١٢٥ وما بعدها) .

ويكون موطن الوكيل معتبراً فى إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى بمجرد صدور التوكيل من أحد الخصوم ، وذلك فى درجة التقاضى الموكل هو فيها (م٧٤ مرافعات جديد) (١) .

وبينت المادة ٧٥ من قانون المرافعات الجديد حدود التوكيل بالخصومة، فهو يخول للوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها ، وإتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها التى وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف ، وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً .

كما نصت المادة ٧٦ مرافعات جديد على أنه يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الإدعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً .

إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الإنفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل (م٧٧ مرافعات جديد) .

ويجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعًا من الإنابة صراحة فى التوكيل (م٧٨) .

وكل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء القضية فى الجلسة (م٧٩) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ١– مدنى وأحوال – ص٣٩٢ ، وانظر فى تفصيل الوكالة بالخصومة ، مبادىء قانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ٢ – ١٩٧٥ – ص٢٩٢ وما بعدها ، ومبادىء القضاء المدنى – للدكتور وجدى راغب – طبعة ١ – ١٩٧٧ – ص٣٤٨ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات – للدكتور أحمد أبو الوفا – الجزء١– طبعة ٢ – ١٩٧٥ – ص٢٢٤ وما بعدها .

ولا يحول لأحد إعتزال الوكيل أو عزله دون سير الإجراءات فى مواجهته إلا إذا أعلن الخصوم بتعيين بدله أو بعزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسه – ولا يجوز للوكيل أن يعتزل الوكالة فى وقت غير لائق(م٨٠) (١) .

ولا يجوز لأحد القضاة ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من العاملين بالمحاكم أن يكون وكيلاً عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة سواء أكان بالمشافهة أو بالكتابة أو بالإفتاء ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها وإلا كان العمل باطلاً – ولكن يجوز لهم ذلك عمن يمثلونهم قانوناً وعن زوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية (م٨١) .

---

(١) إن شرط قبول التنازل عن التوكيل – وعلى ما تذهب إليه المادة ١٣٥ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ – أن يقع فى وقت لائق ، وأن يقدم الوكيل دليلاً على إخطاره لموكله بالتنازل عن الوكالة حسبما تقضى به المادة ٧١٦ مدنى ، وإلا كان تنحية مقسماً بعدم الجدية بهدف تعطيل الفصل فى الدعوى وإستطالة أمد النزاع أكثر مما إستدام (دمياط الإبتدائية – الدائرة الأولى الإستئنافية – جلسة ٢٢/١٠/١٩٧٣ – القضية ٨٦ سنة ١٩٧٠ مستأنف ، والوسيط – للدكتور عبد الرازق السنهورى – جزء ٧ – المجلد ١ – طبعة ١٩٦٤ – ص٦٦٨ وما بعدها والعقود الصغيرة – للدكتور محمد كامل مرسى – طبعة ١٩٤٢ – ص٥٧٣ وما بعدها) .

الفصل الثانى

الغياب

أولاً : شطب الدعوى وإعتبارها كأن لم تكن :

٢٦٧ -- تقضى المادة ٨٢ من قانون المرافعات الجديد بأن على المحكمة أن تحكم فى موضوع الدعوى [١] برغم عدم حضور المدعى عليه متى كان الخصوم قد أبدأوا أوجه دفاعهم فيها .

فإذا لم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها قررت المحكمة شطبها [٢] .

وقد هدف المشرع من وراء ذلك – كما تقول المذكرة الإيضاحية بحق – إلى تفادى تراكم القضايا أمام المحاكم ، لأنه ما دام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم ، فليس ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تغيبوا .

فإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يومًا ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها إعتبرت كأن لم تكن .

وقد إبتغى المشرع من تقصير الميعاد من ستة أشهر كما كان عليه قانون المرافعات الملغى إلى ستين يومًا فقط لإعتبار الدعوى كأن لم تكن منع تراكم الدعاوى ، ذلك أنه ما دام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تغيب الخصوم .

وحتى لا يقع جزاء إعتبار الدعوى كأن لم تكن يجب أن يتم تعجيلها

---

(١) إن المقصود بعبارة (حكمت المحكمة فى الدعوى) إن المحكمة تنظر الدعوى وتحكم فيها ، سواء فى الجلسة أو فى جلسة لاحقة إذ إقتضى الأمر تأجيل الدعوى (المذكرة الإيضاحية) .

(٢) يلاحظ أن نص المادة ٨٢ مرافعات جديد لم ينص على إلزام المدعى بالمصاريف فى حالة تقرير المحكمة بشطب الدعوى ، خلافاً لما كان عليه نص المادة مرافعات ٩١ المقابل، ومؤدى ذلك فى رأينا أن الشطب ، إنما يكون بقرار لا يلزم تسبيبه .

خلال هذا الميعاد الناقص (٦٠ يوماً من تاريخ التقرير بشطبها) ، بمعنى أنه يتحتم إعلان الخصم الآخر خلاله ولا عبرة بتاريخ الجلسة التى عجلت إليها الدعوى حتى ولو وقعت بعد الستين يوماً ، ويضاف إليه ميعاد مسافة .

ويقع إعتبار الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون بغير حاجة إلى صدور حكم به . كما أنه غير متعلق بالنظام العام ، ولكنه على كل حال مقرر لمصلحة المدعى عليه الذى عليه - إن شاء التخلص من الدعوى - أن يتمسك به قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه فيه ، وإذا طلب الحكم به فليس للمحكمة مكنة التقدير . فإذا حضر المدعى عليه فى أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه أعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك(١).

ولا يجوز للمدعى أن يبدى فى الجلسة التى تخلف فيها خصمه طلبات جديدة ، أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص فى الطلبات الأولى (٢) .

كما لا يجوز للمدعى عليه أن يطلب فى غيبة المدعى الحكم عليه بطلب ما (م٨٣ مرافعات جديد) .

ثانيًا : الخصومة الغيابية فى أصول المرافعات الشرعية:

٢٦٨- أما فى أصول المرافعات الشرعية فإن للخصومة الغيابية فيها ذاتية خاصة وسمات مميزة ، منها ما تنص عليه المادة ٢٨٦ من اللائحة

---

(١) فقانون المرافعات الجديد يعتبر الخصومة غيابية فى حالتين ١- تخلف المدعى عليه فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يكن قد أعلن لشخصه . ٢- أن يكون المدعى عليه قد أودع مذكرة بدفاعه .

(٢) يذهب رأى فى القضاء والفقه إلى جواز تعديل الطلبات إلى الأقل إعتبارًا بأن ذلك لا يلحق ثمة ضرر بالمدعى عليه ، كما أنه ليست له مصلحة فى رفعها (التعليق الجديد للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١ - ص٢٦٣) ، وهذا - فى رأينا - مما كانت عليه أصول المرافعات الشرعية من أن هذا التعديل هو قصر إلى الأقل لا يستلزم إعلانًا - ومثاله : قصر الدعوى أثناء نظرها على بعض المطلوب فيها الداخل ضمن ما أعلن به المدعى عليه وسكوت المدعى عن باقية ، فلا حاجة لإعلان جديد (العياط الشرعية - جلسة ١٩٢٩/٤/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ١ - ص٧١١) .

الشرعية التى خرجت من دائرة الإلغاء حيث تقضى بأنه :

« إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادراً فى مواجهته بالإقرار » .

ومؤدى هذا النص أن الحكم يكون غيابيًا فى حق المدعى عليه فى الحالات التالية :

١- أن يحضر أصلاً بأية جلسة من الجلسات .

٢- أن يحضر ويجيب على الدعوى بالإنكار ، ثم تخلف عن الحضور فسمعت أدلة الدعوى فى غيبته .

٣- أن يحضر عدة جلسات دون أن يجيب على الدعوى فقد يكون الحكم التمهيدى موصوفًا بأنه حكم حضورى إذا صدر فى حضور المدعى عليه ، فإذا تخلف بعد إثبات الدعوى بالطرق الشرعية تعين فى مفهوم المادة ٢٨٦ من اللائحة – أن يوصف الحكم القطعى الذى تنتهى به الخصومة بأنه حكم حضورى أو معتبراً حضورياً على حسب الأحوال .

ذلك أن الحكم – فى تفسير النص السابق – إما أن يكون حضورياً ، وإما أن يكون معتبراً حضورياً .

فالحكم الحضورى هو ذلك الذى يسبقه دفاع ودفوع من طرفى الخصومة حتى تحجز القضية للحكم .

والحكم المعتبر حضورى هو الذى يسبقه إقرار بالحق المدعى به ، ثم تخلف المدعى عليه عن الحضور ، أو كان بعد إثبات الدعوى التى أنكر الحق المدعى به فيها (١) .

والحكم الحضورى والمعتبر كذلك لا تجوز المعارضة فيهما .

والفرق بين الحكم الحضورى والحكم المعتبر كذلك يظهر فى إبتداء

---

(١) المنصورة الكلية (دائرة الأحوال الشخصية – جلسة ١٩٦٢/٢/١ – القضية ٤٨ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس مستانفا .

ميعاد إستئناف كل منهما ، فهو بالنسبة للحكم الحضورى يبدأ إستئنافه من يوم إعلانه « م٣٠٨ من اللائحة الشرعية السارية المفعول » .

أصول قضائية حديثة فى (متى يكون الحكم الشرعى حضوريًا ، ومتى يكون غيابيًا) :

٢٦٨ مكرر – بجلسة ١٩٨٤/٢/٢٥ قضت محكمة دمياط الإبتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على النفس) – فى إعتراض على إنذار الطاعة – رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٣ أحوال نفس كلى دمياط برفض إنذار الطاعة وإعتباره كأن لم يكن . فإعترض المعترض ضده فى هذا الحكم بالإستئناف رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ ق (أحوال نفس المنصورة – مأمورية دمياط) حيث قضت غيابياً بقبول الإستئناف شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى المستأنف حكمها . عارضت المستأنف ضدها فى ذلك الحكم ، فقضى بجلسة ١٩٨٤/١٢/٤ بعدم قبول المعارضة .

طعناً فى هذا الحكم بالنقض .. وأودعنا صحيفة ومذكرة شارحة ومحكمة النقض قضت فى الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٥ق أحوال شخصية بما يلى :

(نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى محكمة إستئناف المنصورة « مأمورية دمياط» وألزمت المطعون فيه عليه المصروفات ومبلغ ثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة) .

وتناول حكم النقض متى يكون الحكم الشرعى حضورياً ومتى يكون غيابياً – فقد أخذت المحكمة بسبب الطعن القائل (بأن الحكم القاضى بعدم قبول المعارضة فى الحكم الغيابى تأسيسًا على أن وكيل الطاعنة قد أودع مذكرة بدفاعها فى الإستئناف فيكون الحكم فى حقيقته حضورياً إعتبارياً ، فى حين أن إيداع المذكرات بالدفاع لا يعد حضوراً مما عنته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وإذ كانت لم تحضر بنفسها ولا بوكيل عنها الجلسات التى نظر فيها الإستئناف ، فإن الحكم الصادر فيه يكون غيابيًا ، وقابلاً للمعارضة – ولما كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه) .

قالت محكمة النقض فى هذا الطعن :

« وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه لما كان القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية قد ألغى بعض مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وإستبقى من بين ما إستبقاه المواد الخاصة بالأحكام الغيابية والمعارضة فيها، ونص فى المادة الخامسة على أن :

(تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها ، فقد دل على أنه أراد أن تبقى المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى تلك المسائل محكومة بذات القواعد التى كانت تحكمها قبل إلغاء المحاكم المذكورة وأن تظل اللائحة الشرعية الأصل الأصيل الذى يجب إلتزامه والرجوع إليه فى التعرف على أحوال المعارضة وضوابطها ، وكان النص فى المادة ٢٨٦ من اللائحة على أنه : (إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية ، حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادراً فى مواجهة الخصوم ، وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار) مفاده أن الحكم لا يعتبر حضورياً إلا إذا كان الغياب بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار أو بعد الثبوت عقب الإنكار أى إذا كان غياب المدعى عليه إنما جاء بعد قيام الدليل فى وجهه ، لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة قد غابت طوال جلسات نظر الإستئناف ، بما مفاده أن أدلة الدعوى لم تقم فى مواجهتها ، فإن الحكم الإستئنافى الصادر غيابياً لا يعتبر حكماً حضورياً ، ولا يغير من هذا النظر وجود مذكرات كتابية مقدمة من الطاعنة تتضمن دفاعها وردها على أدلة الدعوى ذلك أن المرافعة الشفوية – طبقاً للائحة – هى الأصل ، وليست المذكرات الكتابية سوى وسيلة لضبطها وبيان أوجه الدفاع بما يسهل الرجوع إليها – وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وقضى بعدم قبول المعارضة فى الحكم الإستئنافى فى سالف الذكر على سند من أن الطاعنة قدمت مذكرة بدفاعها فيعتبر الحكم فى حقها

حضورياً طبقاً لنص المادة ٢٨٦ ولا تقبل المعارضة فيه إعمالاً للمادة ٢٩٠ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه (١) .

ثالثاً : أحكام الأعذار فى قانون المرافعات الجديد :

٢٦٩- نصت المادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه :

« إذا تخلف المدعى عليه وحده فى الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة فى الدعوى ، فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم فى الدعوى فى الحالتين حكماً حضورياً .

فإذا تعدد المدعى عليهم وكان البعض قد أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن لشخصه أو تغيبوا جميعاً أو تغيب من لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين ويعتبر الحكم فى الدعوى حكماً حضورياً فى حق المدعى عليهم جميعاً » .

فهذه المادة تناولت أحكام الأعذار فى حالة غياب المدعى عليه أو المدعى عليهم عند التعدد كلهم أو بعضهم ولم يكونوا قد أعلنوا لأشخاصهم .

وهى فى ذلك تردد ما كانت تقضى به المادة ٩٥ من قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ المقابلة .

والأعذار فى مفهوم المادة ٩٥ من قانون المرافعات الملغى ، سواء قبل أو بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، والمادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد قد وصفه البعض بأنه « إعادة إعلان » إعتماداً على أن التعديل الذى أدخله المشرع على نص المادة ٩٥ مرافعات ملغى بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد أغفل ذكر لفظ « الأعذار» صراحة خلافاً لما كان عليه الحال فى النص قبل التعديل .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ - الطعن ١٢ لسنة ٥٥ق (أحوال شخصية) .

غير أننا نرى الإبقاء على وصف هذا الإجراء بأنه إعذار ، لكى يتميز عن باقى صور إعادة الإعلان الأخرى ، وذلك أخذاً بما جاء بالنص المعدل ذاته من أن المشرع قد توخى من إعادة الإعلان إعتبار الحكم فى الدعوى بمثابة حكم حضورى فى حق المدعى عليهم جميعًا ، وهو نفس المقصود من الإعذار ، ويؤيد ذلك أيضًا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فى صدد الكلام عن المادة ٩٥ مرافعات المعدلة : « .. ويلاحظ أنه إذا وقع الإعلان أو الإعذار باطلاً .. » كما يؤيد هذا النظر حكم حديث لمحكمة النقض فسرت فيه طبيعة هذا الإجراء بقولها : « الإعذار » بالمعنى الذى قصدته المادتان ٩٥ ، ٩٦ مرافعات (قبل تعديلهما بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) لا يخرج عن كونه إخطار للخصم الذى سبق أن إختصم فى الدعوى بإجراء صحيح بأنه إذا لم يحضر بالجلسة التى أجلت إليها الدعوى . فإن الحكم الذى يصدر فيها يعتبر بمثابة حكم حضورى ، ومن ثم فإنه لا يصح الإعذار ولا ينتج أثره القانونى إلا إذا كانت الخصومة قد إنعقدت بين أطرافها وفقاً للقانون (١) ، كما أننا نرى ضرورة أن تتضمن صحيفة الإعذار الموجهة إلى الخصم – الذى تخلف عن الحضور بعد إعلان صحيح بصحيفة إفتتاح الدعوى – عبارات صريحة لا لبس فيها ولا غموض مؤداها التنبيه على المدعى عليه بأن الحكم الذى سيصدر فى الدعوى سوف يعتبر حضورياً فى حقه إذا تخلف عن الحضور ، وذلك لكى يكون هذا الإجراء صحيحاً ومنتجاً لآثاره ومحققاً للغاية التى تغياها المشرع – كما أن الإعذار فى حالة تغيب المدعى عليه (منفرداً ، أو عند تعدد المدعى عليهم) هو إجراء واجب على المدعى ، أما إذا تخلف أحد المدعين فقد كانت المادة ٩٤ من قانون المرافعات الملغى توجب على المدعى عليه إعذار المتخلف من المدعين (٢) ، أما قانون

---

(١) المنصورة الكلية (دائرة الأحوال الشخصية) – جلسة ١٩٦٣/١/١ – القضية ٤٨ سنة ١٩٦٢ أحوال نفس مستأنف ، ومبادىء المرافعات – للدكتور عبد الباسط جميعى – طبعة ١٩٧٤ – ص٣٠٤ وما بعدها .

(٢) المرافعات المدنية – للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ٥ – ١٩٦٣ – ص٥٤٥ و٥٤٦ ، وأيضًا : كوم إمبو الجزئية – جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٨ – القضية ٢٥١ سنة ١٩٦٤ مدنى ، ومبادىء المرافعات للدكتور عبد الباسط جميعى – المرجع السابق – ص٣٠٦ .

المرافعات الجديد فلم ينقل هذا الحكم ، ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٨٢ من قانون المرافعات الجديد تنص على أن تحكم المحكمة فى الدعوى إذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم فى الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه . كما إقتصر حكم الإعذار فى المادة ٨٤ من القانون الجديد على تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم أو بعضهم فى الدعاوى العادية غير المستعجلة (١) .

الخلاصة :

٢٧٠– يخلص مما تقدم أن أحكام الغياب والحضور فى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تحكمها القواعد التالية :

١– أن المدعى عليه إذا أعلن لشخصه كان الحكم فى حقه معتبراً حضورياً وهو حكم مستحدث لم يكن ينص عليه قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، وهذا النص فى ذلك يحاكى نص المادة ٢/٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، إلا أن نص قانون المرافعات وجوبى بينما نص قانون الإجراءات الجنائية جوازى .

٢– أن المدعى عليه إذا أودع مذكرة (أو مستندات) بدفاعه أعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك .

٣– أن المدعى عليه (أو المدعى عليهم) إذا تخلف عن الحضور رغم إعلانه إعلاناً صحيحاً ثم أعذر كان الحكم معتبراً حضورياً .

٤– لم يعد سائغاً – فى الدعاوى غير المستعجلة – أن تعتبر الخصومة غيابية فى حق المدعى أو المدعى عليهم عند التعدد .

٥– أن الدعوى لا تشطب بسبب غياب المدعى ولا بسبب غياب المدعى

---

(١) لا يصح الإعذار إلا إذا كانت الخصومة قد انعقدت بين أطرافها وفقًا للقانون (نقض– جلسة ١٩٦١/٤/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – الطعن ٢٦٦ لسنة ٢٦ق– السنة [illegible] – العدد ٢ – ص٤٢٤) ولا محل لإعذار من لم توجه إليه طلبات وطلب الحكم فى مواجهته فقط (نقض – جلسة ١٩٥٨/٦/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٩ – العدد ٣– ص٥٣١ وما بعدها ، ومنشور فى : مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض الجزء ٣ – قاعدة ٥٥ – ص١٢٠) .

عليه إذا كانت صالحة للحكم فيها . أما إذا كانت غير صالحة للفصل فيها قررت المحكمة شطبها .

رابعًا : أحكام إثبات الغيبة فى أصول المرافعات الشرعية :

٢٧١- كان الإعذار معروفاً فى اللائحة الشرعية القديمة رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ ، بل كان الإعذار يتم ثلاث مرات فى ثلاثة أيام إلى المدعى عليه الغائب بحيث إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه رغم إعذاره، نصب القاضى وكيلاً عنه يحافظ على حقوقه بناء على طلب المدعى وسمع الدعوى وأدلتها فى مواجهة الوكيل وحكم عليه فى غيبته (م٢٧١, ٢٨٢ من تلك اللائحة) إلا أن المادة ٢٨٥ من اللائحة المذكورة كانت تنص على أنه يحكم فى مواد نفقة الزوجة والأبوين والأولاد وأجرة الرضاع لمستحقها شرعاً بدون إعذار ولا نصب وكيل إذا غاب المدعى عليه .

أما اللائحة الشرعية الحالية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقد أغفلت نظام الإعذار وقررت فى المادة ٢٨٣ منها (والسارية المفعول لبعدها عن دائرة الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) أنه :

« إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون إعذار ولا نصب وكيل » .

وعلى ذلك – وطبقاً لأصول المرافعات الشرعية – يمكن القول بأنه إذا لم يحضر المدعى عليه (أو المدعى عليهم جميعًا عند التعدد) تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فيها فى غيبته (أو غيبتهم عند التعدد) .

أما إذا تعدد المدعى عليهم وحضر بعضهم وغاب البعض الآخر منهم ، فقد تعين إعمال أحكام **ثقوب الغيبة** التى نصت عليها المادة ٢٧٨ من اللائحة الشرعية والتى لم يتناولها الإلغاء . فهى تقضى بأنه :

« إذا كانت الدعوى على جملة أشخاص وحضر بعضهم وتخلف البعض جاز للمدعى أن يطلب من المحكمة الحكم بثبوت الغيبة وتأخير الدعوى إلى ميعاد يمكن فيه إعلان ذلك الحكم إلى الغائب وتكليفه مرة ثانية بالحضور وبعد ذلك أن تخلف أحد فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لا تقبل فيه المعارضة منه » .

فقاعدة إثبات الغيبة هذه – كما تقول المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية – قاعدة جديدة مقررة فى الشرائع الحديثة تطبق فى حالة تعدد المدعى عليهم وحضور بعضهم وتغيب البعض الآخر ، ومبناها إعادة إعلان الغائبين عن الجلسة وتكليفهم بالحضور مرة ثانية فإن تخلفوا بعد ذلك يعتبر الحكم حضورياً بالنسبة لهم لا تجوز المعارضة فيه من قبلهم .

وفائدة هذا النظام تفادى إحتمال تضارب الأحكام ، إذ يصدر حكم يكون حضورياً بالنسبة للحاضرين وغيابياً بالنسبة للغائبين فيعارض أحد الغائبين فيحكم فى معارضته ثم يعارض آخر فيحكم فى معارضته وقد تتعارض الأحكام الثلاثة فيما تقضى تبعاً للأدلة والدفوع من الخصوم فيها مع أنها صادرة فى موضوع واحد .

لنظام إثبات الغيبة شرط أساسى مستفاد من نفس القاعدة ومن حكمتها ، وهو أن يكون الحكم الذى سيصدر فى الدعوى قابلاً للمعارضة إذ لا فائدة من إثبات الغيبة إذا كانت المعارضة أصلاً غير جائزة كما إذا كانت الدعوى هى قضية معارضة .

ويلاحظ على نص المادة ٢٨٧ من اللائحة الشرعية :

١– أنه تناول حالة تعدد المدعى عليهم الذى تخلف بعضهم عن الحضور بينما حضر البعض الآخر منهم .

٢– أنه لم يتناول حالة تخلف المدعى عليه وحده (عند عدم التعدد) ولا حالة تخلف جميع المدعى عليهم (عند التعدد) ، لأن نظام المعارضة – كطريق من طرق الطعن فى الأحكام – مازال معمولاً به فى أصول المرافعات الشرعية (المواد من ٢٩٠ إلى ٣٠٢ من اللائحة الشرعية) .

٣– أنه لم يتناول حالة تعدد المدعين وحضور بعضهم وغياب البعض الآخر منهم ، وكان المدعى عليه « أو المدعى عليهم عند التعدد » حاضراً .

٤– أنه ترك طلب الحكم بإثبات الغيبة لمشيئة المدعى إن شاء طلب إهماله وإن لم يـ[illegible] لا يملك القاضى أن يعمله من تلقاء نفسه .

والذى نراه فى شأن التوفيق بين قواعد الإعذار المنصوص عليها فى المادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وبين قواعد

إثبات الغيبة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٧ من المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ بشأن اللائحة الشرعية ، إمكان إتباع ما يلى :

(١) إذا تغيب المدعى أو بعض المدعين وحضر البعض وكان المدعى عليه حاضراً تعين الحكم فى الدعوى إعمالاً للفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون المرافعات الجديد .

(٢) إذا حضر بعض المدعى عليهم وغاب البعض الآخر منهم وطلب المدعى الحكم بإثبات غيبة من غاب منهم ، تعين على المحكمة أن تحكم بثبوت غيبة من غاب فليس لها عندئذ سلطة تقديرية - وأن تؤجل الدعوى لجلسة تالية لإعلان حكم إثبات الغيبة إلى الغائب وتكليفه بالحضور ، فإذا تخلف أحد فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لا تقبل فيه المعارضة منه ، وذلك إعمالاً لحكم المادة ٢٨٧ من اللائحة الشرعية ، ذلك أن إعمال النص خير من إهماله .

(٣) إذا حضر بعض المدعى عليهم وغاب البعض الآخر منهم ولم يطلب المدعى الحكم بإثبات غيبة من غاب منهم ، تعين على المحكمة إعمال أحكام الإعذار المنصوص عليها فى المادة ٨٤ من قانون المرافعات الجديد ، تحقيقاً لهدف المشرع من تلاقى تضارب الأحكام إذا ما قضى حضورياً فى حق الحاضر من الخصوم وغيابيًا فى حق الغائب وإتخذ كل منهم طريق الطعن الذى يناسبه .

(٤) إذا لم يحضر المدعى عليه « أو المدعى عليهم جميعًا عند التعدد » تعين سماع الدعوى وأدلتها والحكم فيها فى غيبته بدون إعذار ولا نصب وكيل عملاً بالمادة ٨٣ من اللائحة الشرعية .

(٥) إذا لم يكن الخصوم حاضرين وقت النطق بالحكم لا تشطب المحكمة الدعوى . وإنما تقرر ما يقتضيه الحكم الشرعى فيها (م٢٨٨ من اللائحة الشرعية المعمول بها) .

(٦) إذا لم يحضر المدعى والمدعى عليه (أو لم يحضروا جميعًا عند التعدد ولم تكن القضية صالحة للحكم قررت المحكمة شطب الدعوى ، فإن

كانت صالحة للحكم فيها حكمت المحكمة فى الدعوى (م٨٢/١ مرافعات)[١] .

(٧) إذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يومًا ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها أعتبرت كأن لم تكن (م٨٢/١ مرافعات) [٢] .

(٨) إذا أودع المدعى عليه مذكرة (أو مستندات) بدفاعه أعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك (م٨٣/١ مرافعات) مع مراعاة أحكام اللائحة الشرعية التى تضمنتها المادة ٢٨٦ منها والتى متى تكون الخصومة غيابية أو معتبرة حضورية على ما ذكرناه فى موضعه .

(٩) إذا أعلنت صحيفة الدعوى لشخص المدعى عليه كان الحكم فى الدعوى حضورياً عملاً بالمادة ٨٤/١ مرافعات .

هذا ...

وإذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانها له إعلاناً صحيحاً بوساطة خصمه (م٨٥ مرافعات جديد) .

الثابت من الأوراق أن الطاعن قد تمسك ببطلان إعلانه بصحيفة إفتتاح الدعوى على سند من إنها أعلنت على غير محل إقامته ، وكان هذا الدفع جوهرياً يمكن أن يتغير به- إن صح- وجه الرأى فى الدعوى - وإذا أمسك الحكم المطعون فيه عن الرد عليه فإنه يكون قد عابه القصور الموجب لنقضه[٣] .

---

(١) وليس معنى شطب الدعوى إلغاؤها وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها ، وإنما شطب الدعوى معناه إستبعادها من جدول القضايا وعدم الفصل فيها مع بقائها وبقاء كافة الآثار القانونية المترتبة عليها ، ولا تنظر الدعوى بعد ذلك إلا بإعلان جديد للحضور يوجهه أحد الخصوم (وهو المدعى عادة) إلى الخصم الآخر (المرافعات المدنية - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٧ - ص٦٧٢) .

(٢) ويكون ذلك بقوة القانون وبغير حاجة إلى إستصدار حكم بذلك ، وللمدعى عليه التمسك بهذا الدفع أو التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، لعدم تعلق البطلان بالنظام العام (المرجع السابق - ص٦٧٢) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ - الطعن ٤٥ لسنة ٥٩ق (أحوال) - المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص٤٤٤

وإذا حضر الخصم الغائب قبل إنتهاء الجلسة أعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن (م٨٦ مرافعات جديد) ، لأنه ما دامت الجلسة منعقدة يكون من حق الخصم الذى لم يسمع ، أن يطلب إلى المحكمة أن تسمعه ، فإذا كانت قد أصدرت حكماً ، وجب ألا تعتبره وأن تسير فى نظر القضية فى الجلسة نفسها بشرط أن يكون الخصم حاضراً أو تؤجلها لجلسة أخرى . وقد جرى عرف المحاكم المختلطة (الملغاة) على إرجاء النطق بهذه الأحكام إلى أخر الجلسة لتفادى إحتمال العدول عنها بسبب حضور الخصم قبل نهاية الجلسة وهو عرف حسن (١) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى فى التعليق على المادة ٩٧ المطابقة للمادة ٨٦ من قانون المرافعات الحالى .

الفصل الثالث

تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية

٢٧٢- صدر القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ضمن قوانين توحيد القضاء .

وقد بينت المادة الأولى منه أحوال تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية ، فتدخلها فيها إما أن يكون جوازياً ، وإما أن يكون وجوبياً .

١- التدخل الجوازى للنيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية :

فيجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية للأحوال الشخصية طبقاً للمادة ٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، أى فى قضايا :

نفقة الزوجة ، ونفقة الصغير ، ونفقة المدة السابقة ، والمهر والجهاز،والحضانة ، والحفظ ، وإنتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر ، والزيادة فى نفقة الزوجة أو الصغير ، والنفقات بين الأقارب ، والإرث ، والزواج والمواد المتعلقة .

٢- التدخل الوجوبى للنيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية :

ويجب على النيابة أن تتدخل فى القضايا الأخرى التى تتعلق بالأحوال

الشخصية (١) أو بالوقف (٢) ، وإلا كان الحكم باطلاً ، أى أن تدخل النيابة يكون وجوبيًا أمام المحاكم الإبتدائية ، والمحاكم الإبتدائية بهيئات إستئنافية (وهى تنظر فى الإستئنافات المرفوعة عن أحكام المحاكم الجزئية للأحوال الشخصية بإعتبارها محكمة الدرجة الثانية) ، ومحاكم الإستئناف ، ومحكمة النقض ، وفى القضايا التالية :

النسب ، والطلاق والخلع والمبارأة ، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية والوقف .

بإعتبار أن هذه القضايا تختص المحاكم الإبتدائية بنظرها ، كما أنها تتدخل وجوبياً فى القضايا التى ليست من إختصاص المحاكم الجزئية سواء من حيث قيمتها أو من حيث نوعها .

أحكام وإجراءات تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية ، ومداه:

٢٧٣– وجاء بالفقرة الأخيرة للمادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

« ويجرى على التدخل أحكام الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية » .

كما نصت المادة الثانية منه على أنه فى الحالات التى لا يكون حكم أو إقرار المحكمة الإبتدائية – فى مسائل الأحوال الشخصية – فيها إنتهائياً (أى الجائز إستئنافها) يجوز للنيابة العامة الطعن فيها بالإستئناف طبقاً لنص

---

(١) يراجع : مبادىء وقانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ٢ – ١٩٧٥– ص٢١١ وما بعدها ، ودور النيابة العامة فى الدعوى المدنية فى قانون المرافعات الجديد – بحث – للدكتور إدوار غالى الذهبى – المحاماة – السنة ٤٩ – العدد – ص١٠ وما بعدها ، والقانون القضائى الخاص – للدكتور إبراهيم نجيب سعد – جزء ١ – طبعة ١٩٧٤ – ص٣٠٢ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات – للدكتور أحمد أبو الوفا – ١ – ص٣٤٥ .

(٢) واوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أن تدخل النيابة هنا يكون وجوبياً .

المادتين ٨٧٥ ، ٨٧٧ مرافعات (١) .

كما نصت المادة الثالثة منه على أن للخصوم وللنيابة العامة الطعن بطريق النقض فى الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الإبتدائية فى مسائل الأحوال الشخصية وذلك طبقًا لنص المادة ٨٨١ من قانون المرافعات.

ومن مواد القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ومن مواد قانون المرافعات الجديد ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦ الواردة بالباب الرابع من الكتاب الأول (تدخل النيابة العامة) . والمواد ٨٧٥, ٨٧٧, ٨٨١ من قانون المرافعات الملغى والسارية المفعول للآن والواردة ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية – نتبين القواعد التالية :

وجوب تدخل النيابة العامة فيما يوجب القانون تدخلها فيه :

٢٧٤– تقضى المادة ٨٨ من قانون المرافعات الجديد بوجوب تدخل النيابة العامة – فى غير الدعاوى المستعجلة (٢) – وفى الدعاوى التى يجوز لها أن ترفع بنفسها ، وفى الطعون والطلبات أمام محكمة النقض وفى مسائل تنازع الإختصاص « م٤/٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا » ، وفى كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها .

ورتبت تلك المادة – على إغفال تلك الأحكام الواجبة – جزاء البطلان حيث قالت : « ... وإلا كان الحكم باطلاً ...» وهو نفس الحكم الذى تقرره المادة ٢/١ من القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

وقد إستقر قضاء محكمة النقض على أن عدم تدخل النيابة مع وجوبه

---

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ٦٢٨ سنة ١٩٥٥ أنه قد روعى فى الإحالة على المادتين ٨٧٥و٨٧٧ مرافعات توحيد ميعاد الإستئناف وطريقة رفعه بالنسبة للنيابة العامة .

(٢) حتى لا يعوق تدخلها الفصل فيما يصدره القضاء المستعجل من قرارات لا تمس أصل الحقوق .

بأمـــر الشـــارع أو عـــدم إثبـــات رأى النيـــابة ضـــمـن بيـــانات الحكم يـرتب بطلاناً(١).وهذا البطلان مـن النظام العـام تحكم به المحكمـة ويتـمسك به أى خصم إن لم تتمسك به النيابة (٢) . بل ويجب تدخلها فى الدعـوى حتى ولو تمت فى صـورة طلب عـارض أو دعـوى فـرعـيـة فى دعـوى مـدنيـة مـا دام القانون يوجب التدخل فى الدعاوى ويرتب البطلان جزاء المخالفة .

جواز تدخل النيابة العامة فيما يجيز القانون تدخلها فيه:

٢٧٥- ونصت المادة ٨٩ من قـانون المرافـعات الجـديد على أنه - فـيمـا عـدا الدعـاوى المسـتـعـجلة - يجـوز للنيـابة العـامـة أن تتـدخل فى حـالات من بينهـا: الدعاوى الخـاصـة بعديمى الأهـليـة والغـائبين والمفـقـودين ، والدعـاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا للبر ، وعدم الإختصاص لإنتفاء ولاية جـهة القـضـاء ، ودعـاوى رد القـضـاة وأعـضـاء النيـابة ومـخاصـمـتـهم ، والدعاوى التى ترى التدخل فـيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب ، وكل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها .

وذلك سـواء أكانت الدعـوى أمـام مـحكمـة الدرجـة الأولى أو الثـانيـة ، جزئية كانت أو إبتدائية .

ويذهب رأى إلى القـول بأن نص هذه المادة - شـأنهـا شـأن المادة ١٠٠ من قانون المرافـعات الملغى - يعـتبـر ناسـخاً للقـانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ فـيمـا يتـعلق بالتـدخل فى قـضـايا الوقف - بحـيث يكون تدخل النيـابة فى قضـايا الوقف الخيرى جوازياً ويستمر فيماعداه (٣) .

والبطلان الناشىء عن عـدم تدخل النيابة فى الدعـاوى الخاصـة بعديمى

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٦/٦/٢ ، مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ - ص١٢٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/١/١٩ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص١١٧ ، ونقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص٥٠٦ ، ونقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٩٦٦ ، وأيضـًا : إسـتـئناف الأسكندرية - جلسة ١٩٥٧/٤/١ - المحاماة - السنة ٣٨ - ص١١٧ .

(٣) تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - للأستاذ محمد كمال عبد العزيز - المرجع السابق ص ١٤٥ .

الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين لا يتعلق بالنظام العام ، ولكنه مقرر لصالح هؤلاء ومن ثم يتعين عليهم التمسك به أمام محكمة الموضوع (١) .

أحكام تدخل النيابة فى الدعاوى :

٢٧٦ – تناولت هذه الأحكام المواد ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ – وهى تخلص فيما يلى :

(١) يجوز للمحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى أن تأمر بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب . ويكون تدخل النيابة العامة فى هذه الحالة وجوبياً « م٩٠» (٢) .

(٢) تعتبر النيابة العامة ممثلة فى الدعوى متى قدمت مذكرة برأيها فيها ولا يتعين حضورها إلا إذا نص القانون على ذلك – وفى جميع الأحوال لا يتعين حضور النيابة عند النطق بالحكم « م٩١» .

(٣) فى جميع الأحوال التى ينص فيها القانون على تدخل النيابة ، يجب على قلم كتاب المحكمة إخبار النيابة بمجرد قيد الدعوى . فإذا عرضت أثناء الدعوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة ، فيكون إخطارها بناء على أمر من المحكمة «م٩٢» .

(٤) تمنح النيابة بناء على طلبها ميعاد سبعة أيام على الأقل لتقديم مذكرة بأقوالها ويبدأ هذا الميعاد من اليوم الذى يرسل لها فيه ملف مشتملاً على مستندات الخصوم ومذكراتهم « م٩٣» .

(٥) يكون تدخل النيابة فى أية حالة كانت عليها الدعوى قبل إقفال باب المرافعة فيها « م٩٤» .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص١١٠٢ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٥٠٩ ، ونقض – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص ٦١ ونقض – جلسة ١٩٦٨/٣/٦ المرجع السابق– السنة ١٩ – ص٥٢٢.

(٢) تراجع أحكام النقض المتعلقة بتدخل النيابة فى الدعاوى فى قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً – للأستاذ المستشار صالح حنفى – طبعة ١٩٦٩ – ص٣٢٤ وما بعدها ، ومبادئ قانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – المرجع السابق– ص٣٢١ وما بعدها .

(٦) فى جميع الدعاوى التى تكون فيها النيابة طرفاً منضماً لا يجوز للخصوم بعد تقديم أقوالها وطلباتها أن يطلبوا الكلام ولا أن يقدموا مذكرات جديدة وإنما يجوز لهم أن يقدموا للمحكمة بياناً كتابيًا لتصحيح الوقائع التى ذكرتها النيابة – ومع ذلك يجوز للمحكمة فى الأحوال الإستثنائية التى ترى فيها قبول مستندات جديدة ، أو مذكرات تكميلية أن تأذن فى تقديمها وفى إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم «٩٥» .

(٧) للنيابة العامة الطعن فى الحكم فى الأحوال التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو إذا نص القانون على ذلك «م٩٦» .

ميعاد الإستئناف وإجراءات رفعه :

٢٧٧– حددت المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المعدل بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، ميعاد الإستئناف بأنه أربعون يومًا يبدأ من تاريخ النطق بالحكم .

ونصت المادة ٢٣٠ مرافعات على إجراءات رفع الإستئناف ، وذلك بصحيفة تودع قلم الكتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وعلى أن تتبع فى تحديد الجلسة ودعوة ذوى الشأن إليها القواعد التى نصت عليها المادة ٢٢١ مرافعات . ومحصلها أن يتولى رئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية تحديد جلسة لنظر الطلب أمام المحكمة ، ويعين الأشخاص الذين يدعون إليها ، ويعلن قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور ، ويجب أن تشتمل الورقة على ملخص الطلب .

تدخل النيابة العامة فى دعاوى الوقف والقصر:

٢٧٨– إن البطلان المترتب على عدم تدخل النيابة العامة فى الدعاوى المتعلقة بالوقف ، بطلان متعلق بالنظام العام ، ولمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك الطاعن به بل وبالرغم من معارضته فى الأخذ به (١) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٨/٤/١ – الطعن ٣٥٢ لسنة ٢٤ق – مجموعة المكتب =

وكل نزاع متعلقة بأصل الوقف أو بإنشائه أو بالشخص المستحق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية وأصبح الإختصاص بنظره للمحاكم ، وجوب تدخل النيابة العامة وإلا كان الحكم الصادر فيه باطلاً ، يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف أو تكون قد رفعت بإعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف ، تدخل النيابة أمام محكمة أول درجة لا يغنى عن وجوب تدخلها أمام محكمة الدرجة الثانية(١).

إن مفاد نصوص المواد : الأولى من القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ، والثانية والفقرة الثانية من المادة الثالثة من المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقوانين ٢٩٩ لسنة ١٩٦٣ و٢٧ لسنة ١٩٥٤- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه كلما كان النزاع متعلقاً بأصل الوقف أو إنشائه أو شخص المستحق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية فى خصوص الوقف وأصبح الإختصاص بنظره للمحاكم عملاً بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية وأحال الدعاوى التى تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية ، فإن تدخل النيابة العامة يكون واجبًا عند نظر هذا النزاع وإلا كان الحكم الصادر فيه باطلاً ، يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف أو أن تكون قد رفعت بإعتبارها دعوى ملكية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف (٢) .

إن البطلان المترتب على إغفال كاتب المحكمة إخبار النيابة بالقضايا الخاصة بالقصر بطلان نسبى مقرر لمصلحة القصر ، وجوب تمسكهم به أمام محكمة الموضوع ، عدم جواز التحدى به لأول مرة أمام محكمة

= - الفنى - السنة ١٩ - العدد ٢ - مدنى - ص٧٥٥ - ونقض - جلسة ١٢/٢٣/ ١٩٦٩- المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص١٣١٢ وما بعدها .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ - الطعن ٤١٠ لسنة ٣٤ق - المرجع السابق - ص ٩٩٥ ، ونقض جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٦ - الطعن ٣٧٢ لسنة ٣٤ق - المرجع السابق - ص١٤٠٢ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/١/١٩ - المرجع السابق - السنة ٣٢ - العدد١- ص٤٦.

النقض ، عدم التمسك به أمام محكمة الموضوع يفيد التنازل عن الحق المقرر لهم (١) .

فالقانون يوجب على النيابة التدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية . وإلا كان الحكم باطلاً ، والمقصود بالتدخل هو حضور ممثل النيابة العامة جلسات المحكمة (ولو مدنية) ، حتى يتحقق قصد الشارع فى أن تؤدى النيابة وظيفتها بإعتبارها نائبة عن المجتمع فى هذا النوع من القضايا ، والقول بغير هذا معناه حرمان النيابة من أن تكون أخر من يتكلم فى هذه القضايا بما يؤدى إلى الإخلال بوظيفتها فى هذا الخصوص (٢) .

فإذا إقتصر رأى النيابة العامة على أن طلبات المدعى غير مقبولة ورأت المحكمة غير ذلك ، وسارت فى الدعوى ، فلا عليها إن هى لم تعدها إلى النيابة لإبداء رأى جديد ، والقول بأن النيابة لم تكن أخر من تكلم ليس من شأنه إبطال الحكم ، إذ أن البطلان هنا لا يكون إلا إن طلبت النيابة العامة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت (٣) .

إنه وإن أجاز المشرع أن تتدخل النيابة العامة أمام محاكم الإستئناف والمحاكم الإبتدائية فى قضايا حددها ، وأوجب على كاتب المحكمة إخبار النيابة العامة فى هذه الحالات بمجرد قيد الدعوى ، حتى تتاح لها فرصة العلم بالنزاع وتقدير مدى الحاجة إلى تدخلها وإبداء رأيها فيه ، وأنه يترتب على إغفال هذا الإجراء الجوهرى بطلان الحكم ، إلا أن هذا البطلان

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠ – الطعن ٣٩٤ لسنة ٢٤ق – المرجع السابق – ص١٢٠٢ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٧١/٣/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٢ العدد ١ – مدنى – ص٣٥٩ ، ونقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠ – المرجع السابق– السنة ٢٤ – العدد ١ – ص٤٥٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – العدد٢ – ص٩٦٢، ونقض – جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٢– ص٧٣، ونقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/٦ – المرجع السابق – العدد ٣– ص١٣٢٤ ، ونقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/١٣ – المرجع السابق – ص١٣٧٧ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٤/٤/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٥ – العدد ٧ – ص٥٥٠ ونقض– جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ – المرجع السابق – السنة ١٤ ص٨٤٣

مقصور على أصحاب المصلحة فيه دون غيرهم من الخصوم ، وذلك على ما جرى به قضاء النقض (١) .

أصبحت النيابة العامة بعد صدور القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ طرفًا أصليًا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية ، فيكون لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات ، فلها أن تبدى الطلبات والدفوع وتباشر كافة الإجراءات التى يباشرها الخصوم ، ولا تسرى عليها قواعد رد أعضاء النيابة ، وهو ما يجوز معه أن يكون عضو النيابة الذى يبدى رأيه أمام محكمة أول درجة هو نفسه الذى يبدى رأيه أمام محكمة الإستئناف (٢) .

أصول قضائية حديثة فى تدخل النيابة فى القضايا الشرعية :

٢٧٨ مكرر (١) النيابة العامة طرف أصلى فى قضاء الأحوال الشخصية الكلية بعد صدور القانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ مما لا يجيز للخصوم ان يعقبوا على رأيها ، إلا أن ذلك مقيد بأن تكون النيابة العامة قد ابدت دفوعًا أو أوجه جديدة لم يسبق إثارتها (٣) .

(٢) إذا فوضت النيابة الرأى لمحكمة الإستئناف بعد أن قدم طرفا الخصومة أدلتهما على ثبوت ونفى الهجر كسبب للمضارة المبيحة للتفريق بينهما ، فإن النيابة العامة تكون بذلك . وعلى ما جرى به قضاء النقض – قد أبدت رأيها فى القضية ، بما مؤداه تفويض الرأى للمحكمة فى تقدير أقوال الشهود وسائر الأدلة والترجيح بينهما بما يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وإبداء الرأى فى قضايا الأحوال الشخصية (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٣/٣/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص٤٥٢ ، ونقض– جلسة ١٩٧١/٣/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص٣٥٩ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ – م م ف – ٢٣ – ٣– ١٣٧٧ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ – الطعن ٣٠ لسنة ٥٢ق (أحوال شخصية) .

(٤) نقض – جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ – الطعن ٣٤ لسنة ٥٢ق (أحوال شخصية).

(٣) إلتفات الحكم عن الرأى الذى أبدته النيابة قد دل على أنه لم يرد الأخذ به (١) .

(٤) إذا كان القانون لم يوجب إبداء النيابة رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ، إذ يحمل سكوتها على أنها لم تر فيها ما يغير رأيها الذى سبق أن أبدته ، وكان البطلان لعدم إبداء النيابة رأيها لا يصادف محله إلا إذا طلبت النيابة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما رأت (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ – الطعن ٥١ لسنة ٥٤ق (أحوال شخصية) .

(٢) نقض – جلسة ١٩٨٦/١٢/١٦ – الطعن ٥٠ لسنة ٥٥ق (أحوال شخصية) .

الباب الرابع

إجراءات الجلسات ونظامها

٢٧٩ – كانت المواد من ٦٣ إلى ٧٣ من اللائحة الشرعية تنظم قواعد إجراءات الجلسات ونظامها ، ولكن هذه المواد إمتد إليها الإلغاء الذى قرره القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن توحيد القضاء (م١٣ منه) ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة من القانون المذكور فإن قانون المرافعات هو القانون الواجب التطبيق .

وقد بينت المواد من ٩٧ إلى ١٠٧ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ إجراءات الجلسات ونظامها فى فصلين للباب الخامس من الكتاب الأول .

وسوف نتناول هذه الأحكام فى فصلين (١) .

---

(١) يراجع فى ذلك : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور احمد ـ أبو الوفا – المجلد١ – والوسيط فى شرح قانون المرافعات الجديد – للدكتور رمزى سيف – وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه – للأستاذ محمد كمال عبد العزيز – ص١٥٠ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد – للأستاذين عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز – ص١٠٥ ، والقانون القضائى الخاص ، للدكتور إبراهيم نجيب سعد – جزء ١ – طبعة ١٩٧٤ – ص٦٥٧ وما بعدها ، والمستحدث فى قانون المرافعات الجديد – للدكتور أبو الوفا – طبعة ١٩٦٨ – ص٩٦ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه – للأستاذ محمد كمال أبو الخير – طبعة ١٩٦٣ – ص٢٥٧ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات – جزء ١ – للدكتور أحمد أبو الوفا – ص٣٥١ وما بعدها .

الفصل الأول

إجراءات الجلسات

تغريم الخصوم لعدم تقديم مستنداتهم فى الميعاد المقرر :

٢٨٠- نصت المادة ٩٧ من قانون المرافعات الجديد على أن تجرى المرافعة فى أول جلسة محددة لنظر الدعوى (١) ، وكانت المادة ٦٥ منه قد أوجبت على المدعى أن يرفق مستنداته مع صحيفة دعواه ، وعلى المدعى أن يودع مذكرة بدفاعه وأن يرفق بها مستنداته قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل ، وذلك فى غير الدعاوى المستعجلة .

فإذا لم تقدم تلك المستندات فى الميعاد المذكور وترتب على تقديمها فى أولى جلسات المرافعة وقبولها تأجيل الدعوى ، حكمت المحكمة عليه بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه (٢) .

ومع ذلك يجوز لكل من المدعى والمدعى عليه أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة .

والذى نراه فى صدد قبول المستند ، وفى تغريم المتسبب من طرفى الخصومة فى التأجيل بسبب تقديم المستند ، أن ذلك كله من إطلاقات قاضى الدعوى ، ومن سلطته فى التقدير ، وهو غالبًا ما يرى أن حسن سير العدالة يقتضى قبول المستند والإعفاء من الغرامة .

ونصت المادة ٩٨ مرافعات على عدم جواز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع .

---

(١) والمقصود بعبارة (أول جلسة) التى تجرى فيها المرافعة ، هى الجلسة التى تستكمل فيها الدعوى شكلها (التعليق على قانون المرافعات - للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - ص١٠٥ هامش ١) .

(٢) تنظر تعليمات وزارة العدل فى شأن تنفيذ حكم الغرامة .

ونص هذه المادة تنظيمي لا يترتب على مخالفته ثمة جزاءات ، ولكن المراد منها حث القضاة والخصوم على تلافي تأجيل الدعوى بغير مبرر ، ولا يترتب البطلان على عمل القاضي مع هذا النص إن هو أفسح الأجل أو كرر التأجيل حين يرى مبررا لذلك . ولكن يبقى الأصل في حدود ما إستحسنه النص (١) ، فضلاً عن أن العبارة الناهية أو النافية – في قانون المرافعات الجديد – لا تؤدي بذاتها إلى تقرير البطلان ، لأنه يجب أن يكون بلفظ البطلان صراحة (٢) .

تغريم العاملين بالمحكمة والخصوم لعدم تنفيذ قرار المحكمة:

٢٨١– تقضي المادة ٩٩ من قانون المرافعات الجديد بأن تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة، بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تجاوز مائتي جنيه .

ويكون ذلك بقرار يثبت بمحضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية ، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق ، ولكن للمحكمة أن تقبل المحكوم عليه من الغرامة أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً .

ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعي بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تجاوز شهراً وذلك بعد سماع أقوال المدعي عليه .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي ما أمرت به المحكمة جاز الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن .

إن سماع أقوال المدعي قبل الحكم بالوقف وموافقته عليه لا يغير من طبيعة الوقف الجزائي (٣) .

---

(١) راجع تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة حول مشروع هذه المادة .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور احمد أبو الوفا – المجلد ١ – ص٢٧٦ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٦/١/١٦ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٧ – ص٢١٨ .

ولا يجوز تحريك الدعوى قبل إنقضاء مدة الوقف ولو إستكمل المدعى ما فاته (١) .

وإذا تعدد المدعون فى الخصومة فإنه قد يصعب إعتبارها كأن لم تكن بالنسبة إلى المهمل منهم وإستمرارها بالنسبة إلى الباقى .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمره به القاضى ، وتخلف هو وخصمه عن الحضور فى الجلسة المحددة لنظرها ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن وإنما يتعين عليه أن يقضى بشطب الدعوى .

ولا يجوز للقاضى أن يحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا بعد موافقة المدعى عليه .

والحكم بإعتبار الخصومة كأن لم تكن أمر جوازى .

ويترتب على الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال الخصومة وزوال سائر إجراءاتها والآثار القانونية المترتبة على قيامها ،ويعود الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها من قبل رفع الدعوى ، وإنما لا يمس كل هذا أصل الحق المدعى به فيجوز تجديد طلبه بدعوى أخرى ما لم يكن قد سقط بالتقادم (٢) .

كما أن الحكم بإعتبار الخصومة كأن لم تكن لا يؤثر فيما يكون قد صدر فيها من أحكام قطعية ، فهذه لا تسقط ولا يسقط الحق الثابت فيها إلا بمضى ١٥ سنة عملاً بالأصل العام فى التشريع .

هذا وتطبق فى شأن الطعن فى الحكم الصادر بإعتبار الخصومة كأن لم تكن القواعد العامة (٣) .

---

(١) الأمور المستعجلة بالقاهرة – جلسة ١٩٥٠/١/٣٠ – المحاماة – السنة ٣٠ – ص٨٠٠ .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المجلد ١ ، ص٢٩٩ .

(٣) أصول المرافعات – للدكتور أحمد مسلم – طبعة ١٩٦٩ – ص٥٣٩ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المرجع السابق=

ويكون تنفيذ أحكام الغرامات بعد إخبار المحكوم عليه بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يوجهه له قلم الكتاب (م١٠٠ مرافعات) (١) .

وإن الغرامة التى يقضى بها على العامل بالمحكمة (المحضر هنا) مقررة لصالح الخزينة العامة ، فليس للخصم مصلحة فى النعى على الحكم إغفاله توقيع هذا الجزاء على المحضر الذى تسبب بخطئه فى بطلان الإعلان (٢) .

طبيعة الحكم بوقف الدعوى جزاء :

٢٨١ مكرر – هذا ، والحكم بوقف الدعوى جزاء إعمالاً لحكم المادة ٩٩ مرافعات لا يتصل بموضوع الدعوى ، ولا يفصل فى نزاع بين الخصوم ، ولا يبت فى أية مسألة متفرعة عنه ، ولا يمكن بذلك اعتباره حكماً قطعياً فى مسألة متفرعة عن النزاع ، وإن كان يجوز إستئنافه إستقلالاً فور صدوره دون إنتظار للحكم فى الموضوع عملاً بالمادة ٢١٢ مرافعات . وليس من شأنه أن يحول دون إستحقاق نصف الرسم إذا صدر قبل حصول الصلح فى الدعوى فى تطبيق المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية (٣) .

ويختلف تكييف الحكم الصادر بوقف الدعوى بإختلاف الحالة التى يصر فيها الحكم ، وأن غاية الإيقاف هى التى تحدد طبيعة الحكم الصادر به، فالحكم بوقف الدعوى عقاباً للمدعى الذى يهمل فى إتخاذ ما تأمره به المحكمة ، يعد حكمًا قطعيًا يجوز الطعن فيه وفقًا للقواعد العامة ، لأن المشرع لم يحظر الطعن فيه خلافاً لما فعل بالنسبة لحكم الغرامة (٤) .

= ص٢٨٠ ، والوسيط فى شرح المرافعات للدكتور رمزى سيف – ص٥٥٦ وما بعدها، وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه – للأستاذ محمد كمال عبد العزيز – ص١٥٢ .

(١) والأحكام التى أوردتها المادة ١٠٠ مرافعات إستثناء من القواعد العامة التى تقضى بأن تنفيذ الحكم لا يجوز إلا بعد إعلان الخصم به على يد محضر (التعليق – للدناصورى وعكاز – ص١٠٨) .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/١/٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – مدنى – ص١٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧١/٣/٩ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد ١– ص٢٦٢ .

(٤) نظرية الأحكام – للدكتور أحمد أبوالوفا – طبعة ١ – ص٤٣٢، وقانون المرافعات=

الفصل الثانى

نظام الجلسات

علنية الجلسات :

٢٨٢- الأصل هو علنية المرافعة حتى يتسنى للمتقاضين مراقبة أعمال المحاكم وتشعرهم بالإطمئنان إلى قضائها ، وتدفع القضاة إلى العناية بأحكامهم .

إلا أن للمحكمة أن تجريها سراً محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة ، وذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، على أن ينطق بالحكم فى جلسة علنية وهذه المادة معدلة طبقاً للمادة الخامسة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وسلطة المحكمة فى جعل الجلسة سرية سلطة تقديرية حسبما هو مستفاد من نص المادة ١٠١ من قانون المرافعات الجديد .

ولا يترتب بطلان ما إذا كانت دواعى النظام العام أو حسن الآداب تقتضى جعل الجلسة سرية ومع ذلك نظرت الدعوى فى جلسة علنية .

والنظام العام فى الدولة هو تنظيمها الذى تسير عليه ضماناً لكيانها والأمن والأخلاق فيها .

والنظام العام وحسن الآداب نسبى يختلف من جيل إلى جيل ومن دولة إلى دولة (١) .

ويجب الإستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها . ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم (م١٠٢ مرافعات) .

= للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ٢٦٢ ، وتعليمات وزارة العدل ، ونظرية الدفوع للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١٩٦٧ - ص١٧٣ وما بعدها .

(١) التعليق - للدكتور أحمد أبو الوفا - مجلد ١ - المرجع السابق - ص٢٨٢ ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - المرجع السابق - ٥٥٨ .

إثبات الصلح بمحضر الجلسة :

٢٨٣- للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات ما إتفقوا عليه فى محضر الجلسة ، ويوقع منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما إتفقوا عليه ألحق الإتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالتين قوة السند التنفيذى وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام (م١٠٢ مرافعات جديد) .

وقد قصد بهذا النص تبسيط الإجراءات ، فتنتهى الخصومة بصلح بغير حاجة إلى إصدار حكم بالتصديق عليه ، ويسرى حكم هذا النص فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وسواء فى الإستئناف، بل ولو بعد قفل باب المرافعة [١] .

وسبق أن تناولنا فى مجالس الصلح بحث أحكام الصلح الذى يثبت بمحضر الجلسة [٢] . أما إذا رجع أحد الخصمين فى الصلح الذى أبرمه فلا يجوز توثيقه ، وإنما يجوز إعتباره سنداً فى الدعوى والحكم بما تضمنه[٣] .

إن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة ، لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الإتفاق، ومن ثم فإن هذا الإتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشىء المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته [٤] .

إن من المقرر قانوناً أن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعًا قائمًا أو

---

(١) التعليق – للدكتور احمد ابو الوفا – المرجع السابق– ص٢٨٣ ، والمرافعات – طبعة ٨ – ١٩٦٥ – ص٦٦٩ ، والطبعة ١١ – ١٩٧٥ .

(٢) راجع ما ذكرناه بالفقرات ١٠٦و١٠٧و١٠٨ من هذا المؤلف .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – العدد١ – ص٣٢٦ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٥٤/٤/١٩ – مجموعة القواعد القانونية – فى ٢٥ سنة – جزء ٢ – قاعدة ٣ – ٧٥٠ .

يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه (١) .

إن محضر الصلح المصدق عليه بالمحكمة لا يخرج عن كونه عقداً قابلاً للتفسير كباقى العقود ، فما دام تفسير قاضى الموضوع له مستساغاً فلا معقب عليه فيما يراه فيه (٢) .

وللغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان ، وذلك بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح ، فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة ، مدعياً أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الخصم فى مواجهته بإنتهاء الدعوى صلحاً كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسًا على أن الصلح قد أنهى الدعوى ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صلحًا صحيحاً ، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل بحكم يقضى بصحة الصلح (٣) .

مبادىء قضائية فى الصلح :

(١) دعوى نفقة زوجية وصغار :

إنتهت صلحاً كالثابت بمحضر جلسة ٢٦/١٠/١٩٧٥ .

قضت المحكمة بجلسة ٢/١١/١٩٧٥ بالنفقة (٤) .

---

(١) نقض (جنائى) – جلسة ٧/٣/١٩٦٦ – الطعن ١٩٨٢ لسنة ٣٥ق – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٢٣٦ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ٣٠/١/١٩٤٩ – مجموعة القواعد القانونية – سنة ٢٥ – جزء ٢– قاعدة ٤ – ص٥٧٠ .

(٣) نقض – ١٤/٥/١٩٧٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – العدد ٢ - ص٨٣٠ وما بعدها .

(٤) فارسكور – جلسة ٢/١١/١٩٧٥ – القضية ٢٠١ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس ، والقضايا ١٣٧ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط - جلسة ١٤/١٠/١٩٧٥ . و١٣٠ و١٣١و١٣٢ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط – جلسة ٢٨/١٠/١٩٧٥و١٢٨و١٥٢ سنة ١٩٧٥ أحوال مركز دمياط - جلسة ١٨/١١/١٩٧٥

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان القاضى - فى الصلح - يقوم محل الموثق فى إثباته طبقًا لنص المادة ١٠٣ مرافعات ، وإذ خالف الحكم ذلك وقضى فى موضوع الدعوى ، فإنه يكون مخالفًا للقانون ،مخطئًا فى تطبيقه .

(٢) نفقة الأقارب :

إنتهت صلحاً بين المدعى والمدعى عليهما الأول والرابع .

ووثق السيد / القاضى الصلح بمحضر جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٩ ، ثم إتبع ذلك بالإذن للمدعى بالإستدانة .

ثم فى منطوق أخر وبذات الجلسة قضى عليهما بإثبات ترك المدعى للخصومة بالنسبة للمدعى الثانى والثالث وبإلزام المدعى بالمصاريف (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان القاضى إعمالاً للمادة ١٠٣ مرافعات لا يفصل فى خصومة ، وإنما يوثق صلحاً ، وبالتالى فلا يجوز له القضاء بالإذن بالإستدانة بإعتباره قضاء موضوعياً ، وإذ خالف الحكم هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

- طلبت المدعية حكماً بفرض نفقة عدتها على مطلقها .

وبجلسة ١٩٧٣/٣/٣٠ حضرت المدعية مجلس الدعوى وأقرت بتنازلها عن كافة حقوقها ، وقدمت صورة من (محضر الصلح) وطلبت من وكيل المدعى عليه الغائب إعتماد الصلح .

وبذات الجلسة حكمت المحكمة بإعتماد الصلح وإعتباره فى قوة السند الواجب التنفيذ مع إعفاء المدعية من المصاريف (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

---

(١) مركز الزقازيق - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٩ - القضية رقم ٥١ سنة ١٩٧٥ شرعى ، والقضية ٤٠٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس الخليفة .

(٢) مصر القديمة - جلسة ١٩٧٣/٣/٣٠ القضية ١٠٤ سنة ١٩٧٣ احوال نفس جزئى.

١- انه وثق صلحًا لم يحضر أحد طرفيه وهو المدعى عليه لإقراره ، ولم تتحقق المحكمة من أن الوكيل الحاضر عنه مفوض تفويضاً خاصاً فى إجرائه ، مما يخالف المادتين ٧٦ من قانون المرافعات و ٧٠٢ من القانون المدنى .

٢- أنه وقد ألحق إتفاق الصلح بمحضر الجلسة يكون قد أنهى النزاع فلا يملك العودة إليه بالقضاء فى مصروفاته .

٣- أنه خالف القانون بإعفائه المدعية من المصروفات مما لا يجوز إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون .

وإذ كان الحكم المطعون فيه إنتهى إلى أن المحرر قد أعوزته المقومات التى جعل منه صلحاً فى مفهوم القاعدة القانونية القائلة بأن يكون الإتفاق على الصلح بين الطرفين متضمناً نزول كل منهما على وجه التقابل عن بعض حقوقه حسماً للنزاع القائم بشأنها بينهما ، فإنه لا يكون سديداً (١) .

ضبط الجلسة وإدارتها :

٢٨٤- ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها ، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة يكون له فى سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها ، فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعة وعشرين ساعة أو بتغريمه جنيهًا واحداً ، ويكون حكمها بذلك نهائياً.

فإن كان الإخلال قد وقع ممن يؤدون وظيفة فى المحكمة كان لها أن توقع أثناء إنعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقيعه من الجزاءات التأديبية.

وللمحكمة إلى ما قبل إنتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم الذى تصدره بناء على الفقرتين السابقتين (م١٠٤ من قانون المرافعات الجديد) .

وللمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للآداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات (م١٠٥) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ - المرجع السابق - ص٩٠٠ وما بعدها .

ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة يأمر رئيس الجلسة بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء إنعقادها وبما يرى إتخاذه من إجراءات التحقيق ثم يأمر بإحالة الأوراق إلى النيابة لإجراء ما يلزم فيها ، فإذا كانت الجريمة التى وقعت جناية أو جنحة كان له إذا إقتضت الحال ان يأمر بالقبض على من وقعت منه (١٠٦) .

هذا ، ويقضى قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ بعدم جواز القبض على المحامى أو حبسه إحتياطيًا لما ينسب إليه فى جرائم القذف والسب والإهانة بسبب أقوال أوْ كتابات صدرت عنه أثناء أو بسبب ممارسته المهنة ، ويحرر فى هذه الحالة محضر بما حدث وتبلغ صورته إلى مجلس النقابة ، وكذلك الحال بالنسبة لجرائم الجلسات (١) .

متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدلالتها والتفت الحكم عنها كلها أو بعضها مع ما قد يكون لها من دلالة ، فإنه يكون معيباً بالقصور (٢) .

جرائم الجلسات :

٢٨٥- مع مراعاة أحكام قانون المحاماة للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء إنعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً بالعقوبة .

وللمحكمة أيضًا ان تحاكم من شهد زوراً بالجلسة وتحكم عليه بالعقوبة المقررة لشهاد الزور .

ويكون حكم المحكمة فى هذه الأحوال نافذاً ولو حصل إستئنافه (م١٠٧ مرافعات) .

إن ما يتطلبه القانون للمعاقبة على شهادة الزور هو أن يقرر الشاهد

---

(١) راجع ما قلناه فقرة ٩٦ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ - الطعن ٤٠ لسنة ٦٣ق (أحوال) - المحيط - للمستشار حسن منصور - المرجع السابق- ص٤٤٥ ، وأنظر . ص٤٩٣ منه .

أمام المحكمة بعد حلف اليمين أقوالاً يعلم أنها تخالف الحقيقة بقصد تضليل القضاء (١) .

وإذا كان الشاهد قد عدل بالجلسة عما سبق له أن أبداه من الأقوال الكاذبة إلى ما قرره فى شهادته الأولى وجاء عدوله بعد توجيهه تهمة شهادة الزور وقبل قفل باب المرافعة فى الدعوى ؛ فإن إدانته على جريمته شهادة الزور لا تكون صحيحة فى القانون (٢) .

وللنيابة وللمحكمة بمقتضى القانون أن توجه فى الجلسة تهمة شهادة الزور إلى كل من ترى أنه لا يقول الصدق من الشهود ولا يصح بعد ذلك من وسائل التهديد أو الضغط على الشاهد (٣) .

إذا وقع إعتداء بالجلسة على هيئة قضاء محكمة الأحوال الشخصية بمحكمة الجيزة الإبتدائية (من محام ووزير سابق شقيق لإحدى طرفى الخصومة) ، فإن القضاة الثلاثة طبقًا للقانون الجنائى ممنوعون من نظر دعوى الجنحة وبالتالى نظر الرد المتفرع عنها . أما فيما يختص ببقية قضاة محكمة الجيزة الإبتدائية ، فليس هناك مانع قانونى من جلوسهم لنظر جنحة التعدى لأن لاخصومة بينهم وبين طالب الرد كما هو مفهوم أمر الخصومة . فالخصومة قائمة بين طالب الرد وقضاة هيئة الأحوال الشخصية دون غيرهم ، ولا تمتد هذه الخصومة بالتبعية إلى باقى قضاة محكمة الجيزة الإبتدائية (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٤٢/٦/٢١ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – جزء ٢– قاعدة ٧ – ص٧٨٣ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٥/٣/٣١ – المرجع السابق – قاعدة ١٦ – ص٧٨٥ .

(٣) نقض (جنائى) – جلسة ١٩٤٦/١/٧ – المرجع السابق – قاعدة ٧٨٦٥ ، وبحث : جريمة شهادة الزور – للقاضى أحمد محمود حسنى – المحاماة – السنة ٤٣ ومبادىء القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – ط٢ – ١٩٧٥ – ص٤٢١و٤٢٢ .

(٤) إستئناف القاهرة – دائرة الجنايات (غرفة المشورة) – جلسة ١٩٦٠/٤/٣٠ – المجموعة الرسمية – العدد ٧و٨ – السنة ٥٩ – ص٢٠٣ ، والفهرس – ص٧٧ وما بعدها ، والمرافعات المدنية – للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ٨ – ١٩٦٥ – ص٦٦٨، وطبعة ١١ ، ١٩٧٥.

الباب الخامس

الدفوع ، والإدخال ، والطلبات العارضة، والتداخل

٢٨٦- كانت المواد من ١٠٠ حتى ١١٤ من اللائحة الشرعية تنظم قواعد رفع الدعوى قبل الجواب عنها ودعوى خصم ثالث فيها .

إلا أن تلك المواد تناولها قانون توحيد القضاء رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء (م١٣) .

ومن ثم عملاً بالمادة الخامسة من قانون التوحيد المذكور يكون قانون المرافعات المدنية هو الواجب التطبيق .

وقد تناول قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام الدفوع والإدخال والطلبات العارضة والتدخل فى المواد من ١٠٨ إلى ١٢٧ فى فصول ثلاثة : الأولى – فى الدفوع ، والثانية – فى إختصام الغير وإدخال ضامن ، والثالث – فى الطلبات العارضة والتدخل .

ونحن بدورنا – نتناول هذه الأحكام فى الفصول الثلاثة التالية (١) .

---

(١) يراجع فى ذلك : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا– المجلد ١ – ص٢٨٩ وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات الجديد – للدكتور رمزى سيف – ص٣٢١ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد – للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز – طبعة ١٩٦٨ – ص١١٢ وما بعدها . وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه – للأستاذ محمد كمال عبد العزيز – ص١٥٧ وما بعدها ، ومبادىء قانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ٢ – ١٩٧٥ – ص٤٢٧ وما بعدها ، والوجيز فى مبادىء القضاء المدنى للدكتور وجدى راغب – ١٩٧٧ – ص٣٦١ وما بعدها .

الفصل الأول

الدفوع

٢٨٧– الدفع هو وسيلة الرد على الطلبات التى توجه إلى المدعى عليه (الخصم) والدفوع كثيرة ومتنوعة .

وقد حصرتها المواد ١٠٨ وما بعدها من قانون المرافعات الجديد ، وهى أنواع ثلاثة رئيسية :

(١) دفوع موضوعية – تصور المنازعة فى الحق المدعى به .

(٢) دفوع شكلية – تصور الطعن على صحة الخصومة .

(٣) دفوع بعدم القبول – تصور المنازعة فى حق رافع الدعوى فى رفعها .

كما حددت تلك المواد القواعد التى تحكم هذه الدفوع وما يسقط الحق فى التمسك بها .

ويميز جلاسون (١) بين أنواع الدفوع الموضوعية ، والشكلية ، وعدم القبول ، ووضع لذلك الضابط التالى :

La défence s'attaque en droit prétendu, l'exception, s'attaque a procédure la fin de non recevoir, au droit d'action, le défendeur qui oppose une fin de non récovoir ne dit donc pas au demandeur," "Votre droit n'existe pas" (défence), ni votre instance a eté mal engagé(exeption), il lui dit " vous n'avez pas d'action, parce que vous êtes diponr vu d'interét ou saus qualité on parce que votre action est éteinte" .

---

(١) جلاسون ونبيسييه – جزء ١ – فقرة ٢٢٧ .

قواعد الدفوع الشكلية وما يسقط الحق فى التمسك بها :

٢٨٨- الدفع بعدم الإختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى (لقيام ذات النزاع أمامها ، أو للإرتباط) ، والدفع بالبطلان ، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات - يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، ويسقط حق الطاعن فى هذه الدفوع إذا لم يبدها فى صحيفة الطعن ، ويحكم فى هذه الدفوع على إستقلال ، ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع ، وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به فى كل منها على حدة .

ويجب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها (م١٠٨ مرافعات) .

ويتعين إبداء جميع الدفوع الشكلية فى مذكرة واحدة أو فى مرافعة واحدة ، وبالأسباب التى تبنى عليها ، وذلك قبل التكلم فى الموضوع ، ما لم تكن تلك الدفوع متعلقة بالنظام العام فهذه يمكن إبداؤها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى النقض (كالدفع بعدم الإختصاص النوعى أو الوظيفى أو القيمى) .

وإذا تخلف الخصم عن الحضور فى جميع الجلسات وعن التمسك بدفوع شكلية لا تتعلق بالنظام العام وجب عليه الإدلاء بها جميعاً فى صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها .

إن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعى به دفع شكلى يجب إبداؤه قبل التعرض للموضوع وإلا سقط الحق فى التمسك به ، وهذا البطلان الذى يلحق الصحيفة بسبب هذا التجهيل بطلان نسبى لا يتعلق بالنظام العام [1] .

إذا إقتصر المتمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى على هذا الدفع فليس له أن يعيب على الحكم أن المحكمة فصلت فى الدفع وفى موضوع الدعوى معاً دون أن تفصل فيه إستقلالاً أو أن تقرر بضمه للموضوع ، ذلك لأن الدفع

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ - ص٢٣٩ .

بعدم قبول الدعوى مستقل بصورته فى التشريع المصرى عن غيره من الدفوع التى تبدى قبل التكلم فى الموضوع ويقتضى أمرها الحكم فيها على إستقلال أو الأمر بضمها إلى الموضوع ويتعين على من يتمسك بهذا الدفع– إن كان لديه ما يدفع به الدعوى فى موضوعها – أن يبديه وإلا يحضر دفاعه فى الدفع بعدم القبول (١) .

إن الدفع بعدم القبول لإنتفاء الصفة الذى مبناه طلب إطراح المسئولية عن المتمسك بالدفع بصفته الشخصية هو دفع موضوعى ، الحكم برفض الدعوى لا خطأ (٢) .

إن الدفع بالتقادم دفع موضوعى يجوز إبداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الإستئناف ، والنزول عنه لا يفترض (٣) .

إن الدفع بمضى المدة المانعة من سماع الدعوى غير متعلق بالنظام العام ، عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (٤) .

إذا لم يبد الطاعن دفعه ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى لبطلان إعلانها إلا فى آخر جلسات المرافعة وبعد أن تكلم فى موضوع الدعوى وأبدى دفاعه فيها ، فإن حقه فى هذا الدفع يسقط (٥) .

إن الدفع بطلب الإحالة للإرتباط بعد التكلم فى موضوع الدعوى بالطعن بالصورية . ثم صدور العقد موضوع الدعوى فى مرض الموت ، سقوط الحق فى هذا الدفع (٦) .

لا على المحكمة إذا ما قضت فى الدفع وفى الموضوع معًا متى أتاحت

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٧ – ص٨٢٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٢٢٣ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/٥/١٨ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٧٠ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٩٩٦ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٩٩٦ .

(٦) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص١٩٩٦ وما بعدها .

الفرصة للخصوم لإبداء دفاعهم الموضوعى وأبدوه فعلاً (١) .

الدفوع المتعلقة بالنظام العام :

٢٨٩- الدفع بعدم إختصاص المحكمة لإنتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها ، تحكم المحكمة به من تلقاء نفسها .

ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى « م١٠٩ من قانون المرافعات الجديد » .

فمسألة الإختصاص المتعلق بالنظام العام مطروحة دائماً على المحكمة ، ويعتبر الحكم فى الموضوع مشتملاً حتمًا على قضاء ضمنى فى الإختصاص .

ويذهب رأى إلى القول بأن إعتبار الإختصاص القيمى من النظام العام لا يتمشى مع وجهة النظر الإشتراكية ، وكان من الأوفق إجازة التمسك بعدم الإختصاص القيمى حتى قفل باب المرافعة فى الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى فقط ، وعدم إجازته فى الإستئناف أو النقض حتى لا تلغى أحكام موضوعية قد تكون صحيحة فى ذاتها (٢) .

وقد إستقر قضاء النقض على أن مسألة الإختصاص المتعلق بنوع الدعوى أو قيمتها تعتبر قائمة فى الخصومة ومطروحة دائماً على المحكمة، ويعتبر الحكم الصادر فى الموضوع مشتملاً حتماً على قضاء ضمنى فى الإختصاص (٣) .

إن تشكيل دوائر لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف هو تنظيم داخلى للمحكمة لا يتعلق بالإختصاص النوعى وإثارة متعلقة بالوقف أمام الدائرة المدنية ، وقف الدعوى حتى يفصل فى تلك المسألة من دائرة الأحوال الشخصية خطأ (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ ، المرجع السابق ، ص١٦٧٦ .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، ص٢٩٣.

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ ، المحاماة ، السنة ٤٠ ، ص١٨٣٢ ، ونقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٧ ، ص١٨٢ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ – ص١٣٨٤ .

إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة :

٢٩٠ - على المحكمة إذا قضت بعدم إختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الإختصاص متعلقًا بالولاية ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها (م١١٠ مرافعات) .

لقد أصبحت إحالة الدعوى واجبة على المحكمة سواء قضت بعدم إختصاصها محلياً أو نوعياً أو وظيفياً .

وتكون إحالة الدعوى بحالتها التى وصلت إليها ، ولا يحول دون ذلك صدور حكم متعلق بالتحقيق (١) .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها ، ما لم تر أنها رغم الإحالة إليها غير مختصة بنظرها إختصاصاً متعلقًا بالنظام العام ، أو نوعياً ، أو بسبب الوظيفة ، فإن للمحكمة المحال إليها - فى هذه الأحوال - أن تحكم بعدم إختصاصها هى الأخرى وبإحالتها إلى المحكمة المختصة نوعيًا أو وظيفياً .

وعلى المحكمة المحال إليها الدعوى أن تنظرها بحالتها التى أحيلت بها . ومن ثم فإن ما تم صحيحًا من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحًا بما فى ذلك إجراءات رفع الدعوى . وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المحال إليها الدعوى من حيث إنتهت إجراءاتها أمام المحكمة التى أحالتها ، فإذا ما تمت تهيئة الدعوى للمرافعة بإجراءات صحيحة أمام المحكمة المحيلة ، فلا يقتضى الأمر من المحكمة المحال إليها إتخاذ إجراءات جديدة لتحضيرها (٢) .

وإذا إتفق الخصوم على التقاضى أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى جاز للمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التى إتفقوا عليها « م١١١» .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٥/٢/١٠ ، المحاماة ، السنة ٣٦ ، ص٥١٧ ، ونقض - جلسة ١٩٥٥/٦/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٦ ، ص١٢٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص٨٠٦ .

وهذا يفترض أن تكون المحكمة مختصة بنظر النزاع إختصاصاً لا يتعلق بالنظام العام .

وإذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التى رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه .

وإذا دفع بالإحالة للإرتباط جاز إبداء الدفع أمام أى من المحكمتين .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها (م١١٢) .

والإرتباط هو صلة وثيقة بين الدعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحققهما وتحكم فيهما معاً منعاً من صدور أحكام لا توافق بينهما (١) .

وكلما حكمت المحكمة فى الأحوال المتقدمة بالإحالة كان عليها أن تحدد للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى وعلى قلم الكتاب إخبار الغائبين من الخصوم بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول (م١١٣) .

والقرار الصادر بإحالة القضية من إحدى دوائر المحكمة إلى دائرة أخرى لا يدخل فى نطاقها المادة ٢٣٩ مرافعات ملغى (المقابلة للمادة ١١٣ مرافعات جديد) ولا يجرى عليها حكمها وهو مما لا يوجب القانون على قلم الكتاب إخطار الغائبين من الخصوم به (٢) .

إن بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الإعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة ، يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه (م١٤٤) .

هل يزول البطلان الناشىء عن عيب فى الإعلان بحضور المدعى عليه فى الجلسة :

٢٩١- لقد قضت محكمة النقض (٣) بأن بطلان الإجراء وجوبياً يكون فى حالتين :

---

(١) المرافعات المدنية ، لأستاذنا المرحوم الدكتور محمد حامد فهمى ، بند رقم ٤١٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٤/١٢/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - ص١٠٨٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١٣ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٢٣ .

إذا نص القانون على البطلان بلفظه أو بعبارة ناهية أو نافية تقتضيه إعتباراً بأن المشرع قدر أهمية الإجراء وإفترض ترتيب الضرر عليه . أو إذا كان العيب الذى شاب الإجراء - فى حالة عدم النص - عيباً جوهرياً بشرط أن يثبت أنه قد أضر بالمتمسك بالبطلان .

وقضت أيضاً (١) بأنه إذا لم يبد الطاعن دفعه ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى لبطلان إعلانها إلا فى آخر جلسات المرافعة وبعد أن تكلم فى موضوع الدعوى وأبدى دفاعه ، فإن حقه فى هذا الدفع يسقط .

وقضت كذلك (٢) بأن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الإعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام على ما يستفاد من نص المادتين ١٢٢ و١٤٠ مرافعات (المقابلتين للمادتين ١٠٨ و١١٤ مرافعات جديد) وبالتالى فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب على الخصم الذى تقرر هذا البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع .

وقضت (٣) بأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يجب إبداؤه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه طبقاً للمادة ١٤١ مرافعات « المقابلة للمادة ١١٥ مرافعات جديد » وطبقاً للمادة ١٢٢ مرافعات « المقابلة للمادة ١٠٨ مرافعات جديد » .

وقضت (٤) بأن قانون المرافعات لم يشترط لصحة إعلان صحيفة إفتتاح الدعوى إشتمالها على تحديد الدائرة التى ستنظر أمامها الدعوى ، وإنما أوجبت فقط بيان المحكمة المطلوب حضور الخصوم أمامها واليوم والساعة الواجب حضورهم فيها ، ومن ثم فإن إغفال بيان الدائرة فى ورقة إعلان صحيفة الدعوى لا يترتب عليه بطلانها لأن قانون المرافعات لا يتطلب هذا البيان إعتباراً بأن تحديد الدائرة فى المحكمة الواحدة وتوزيع

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص١٩٩٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٢٧ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص١٩٤٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٨ - مدنى - ص١٩٢٢.

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ ، المرجع السابق ، السنة ٢٩ ، مدنى ، ص١٤٤٠ .

القضايا عليها هو من الأعمال التنظيمية الداخلية التى تجريها الجمعية العمومية لكل محكمة .

الطبيعة القانونية للدفع بعدم قبول الدعوى :

٢٩٢- تقضى المادة ١١٥ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بأنه يجوز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى فى أية حال تكون عليها(١)، وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لإنتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ويجوز لها فى هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجاوز مائتى جنيه(٢) .

فلا يخل تصحيح صفة المدعى عليه بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى ، سواء كانت من مدد التقادم أو مواعيد السقوط أو الطعن فى الأحكام ، بشرط أن يتم هذا التصحيح فى الميعاد المقرر لرفع الدعوى .

ولا يكون إختصام ذى الصفة إلا أمام محكمة أول درجة لأنه لا يجوز اختصام من لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى .

ويبدى الدفع بعدم قبول الدعوى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الإستئناف ، ولكنه لا يبدى لأول مرة فى النقض إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام ، وهو لا يتعلق بالنظام العام إذا نص القانون على ذلك، أو إذا كان يمس مسألة من النظام العام وفقاً لرأى القضاء والفقه .

فالدفع بإنكار صفة المدعى أو المدعى عليه من النظام العام حتى لا تشغل المحاكم بدعاوى غير جدية ، ولا يجوز إنكار صفة الخصم بعد الإقرار بها فى درجتى التقاضى بعد إقامة الدعوى عليه والإعتداد بها (٣) .

---

(١) وينظر فى طبيعة الدفع بعدم القبول : القانون القضائى الخاص ، للدكتور إبراهيم نجيب سعد ، جزء ١ ، طبعة ١٩٧٤ ص٦٤٩ وما بعدها ، والمراجع العديدة التى أشار إليها فيه .

(٢) هذه الفقرة سبق تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١ استبدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة١٩٩٩ الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٩٩٩/٥/١٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٥/٧/٧ ، المرجع السابق ، السنة ٦ ، مدنى ، ص١٣٤٧ ، ونقض - جلسة ١٩٦٠/١١/٢٤ ، الطعن ٤٥٣ لسنة ٢٥ق ، وإستئناف القاهرة ، جلسة ١٩٥٠/٥/١٦ ، المحاماة ، السنة ٣١ ، ص٥٥٧ .

بينما يذهب رأى أخر فى الفقه والقضاء إلى القول بأن الصفة فى الدعوى ليست من النظام العام (١) .

ولا يترتب على إستئناف الحكم بقبول الدفع بعدم القبول طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية . وإنما ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول (٢) .

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها متعلق بالنظام العام :

٢٩٣– تقضى المادة ١١٦ من قانون المرافعات الجديد بأن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها– وهو نص مستحدث لم يكن له فى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ نص مقابل .

ومؤدى هذا النص الجديد – كما تقول المذكرة الإيضاحية – أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من النظام العام تقتضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وعلة ذلك إحترام حجية الحكم السابق صدوره فى نفس الدعوى ، وهذه الحجية أجدر بالإحترام وأكثر إتصالاً بالنظام العام من أى أمر أخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم إستقرار الحقوق لأصحابها (٣) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢١ ، ونظرية المصلحة فى الدعوى ، رسالة دكتوراه – للدكتور عبد المنعم الشرقاوى – رقم ٣٨٨ و ٣٨٩ – والأحكام العديدة التى أشار إليها.

(٢) إستئناف الأسكندرية – جلسة ١٩٦٠/١١/٣٠ ، رقم ٣٢٥ لسنة ١٥ق ، والمحكمة الإدارية العليا – جلسة ١٩٥٦/١/٢١ ، السنة ١ ، ص ٤١٩ ، وقارن : نقض – جلسة ١٩٢٤/٦/٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، رقم ١ ، ١٩٢ ، ونقض – جلسة ١٩٥٤/١/٢١ ، المحاماة ، السنة ٣٥ ص١١٠٥ ، وإستئناف مصر ، جلسة ١٩٤٨/٢/٨ ، المحاماة ، السنة ٣١ ، ص١٩٦٣ ، والقاهرة الإبتدائية ، جلسة ١٩٥٣/٣/٢ ، المحاماة ، السنة ٣٤ ، ص٤١ .

(٣) الدفع بحجية الأمر المقضى يعتبر من النظام العام ، بحث للدكتور إدوار غالى الذهبى ، المحاماة ، السنة ٤٢ ، العدد ٥، ص٤٩٥ وما بعدها ، والقانون القضائى=

لئن كان الحكم الجنائى يقيد القضاء المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، إلا أن هذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام النهائية الفاصلة فى موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لأن هذه القرارات لا تفصل فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة ، وإنما تفصل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل فى موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب تلك أية حجية أمام القاضى المدنى ويكون له أن يقضى بتوفير الدليل على وقوع الجريمة أو على نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق (١) .

= الخاص ، للدكتور إبراهيم نجيب سعد ، جزء ١ ، طبعة ١٩٧٤ ، ص١٠٧و١٠٨ و١٠٩ .

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٧ ، ص٩٤٨ ، ونقض – جلسة ١٩٤٧/١٠/٢٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، فى ٢٥ عامًا ، ص١١٨٥ .

الفصل الثانى

إختصام الغير، وإدخال ضامن

أولاً : إختصام الغير :

٢٩٤– للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح إختصامه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة مواعيد الحضور (م١١٧ مرافعات جديد) .

ويشترط لإختصام الغير أن يكون من الجائز إختصامه أصلاً عند رفع الدعوى ، وأن يكون هناك إرتباط بين الطلب الأصلى والطلب الموجه إلى الغير .

وللمحكمة – من تلقاء – أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

إن إختصام الغير فى الدعوى لا يتم – على ما تقضى به المادة ١٤٣ مرافعات « المقابلة للمادة ١١٧ مرافعات جديد – إلا بإتباع الأوضاع المعتادة فى التكليف بالحضور ومن ثم تعديل المطعون عليه لطلباته فى دعواه على النحو الوارد فى مذكرته وإعلان هذه المذكرة إلى أخوى الطاعن – المختصمين فى دعوى منضمة لا يتحقق به قانوناً إختصامها فى دعوى المطعون عليه (١) .

كما يكون للخصوم الأصليين الطعن فى الحكم الذى قد يصدر لصالح الخصم الجديد المدخل (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٣/٦/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٤ ، ص٩٢٨ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٦/٦/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٧ ، ص٧٥١ .

ثانياً : إدخال ضامن :

٢٩٥- وتقضى المادة ١١٩ من قانون المرافعات الجديد بوجوب إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو بقيام الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى .

وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال ضامن جوازياً للمحكمة ويراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور ، ويكون إدخال الخصم الضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

ويشمل الضمان فى المرافعات كل حالة يكون فيها للملتزم بالدين حق الرجوع على شخص لمطالبته بكل أو بعض ما أداه للدائن .

ولطالب الضمان أن يرفع دعوى ضمان أصلية ، أو دعوى ضمان فرعية يطلب دخول الضامن فى خصومة قائمة ، وإن كان من الخير له أن يرفع دعوى الضمان بصورة عارضة أثناء نظر الدعوى الأصلية بدلاً من الإنتظار حتى يفصل فيها .

وتوجه دعوى الضمان عادة من المدعى عليه فى الدعوى الأصلية .

ويقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى (م١٢٠ مرافعات جديد) .

وإذا كانت دعوى الضمان مرتبطة بالدعوى الأصلية إرتباطاً لا يمكن فصمه ، فإن نقض الحكم فى دعوى الضمان يستتبع نقض الحكم فى الدعوى الأصلية (١) .

وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٧ ، ص١٠٩ ، وقارن : نقض - جلسة ١٩٥٤/١/٢١ ، المحاماة ، السنة ٣٥ ، ص١١٠٩ وما بعدها.

الحكم الصادر على الضامن عند الإقتضاء حكماً للمدعى الأصلى ولو لم يكن قد وجه إليه طلبات ويجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالباً بإلتزام شخصى (م١٢١ مرافعات جديد) .

وإذا رأت المحكمة أن طلب الضامن لا أساس له جاز لهما الحكم على مدعى الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية.

ومعنى الضمان فى قانون المرافعات أوسع من معناه فى القانون المدنى ، فهو يشمل كل حالة يكون فيها للملتزم بالدين حق الرجوع على شخص آخر لمطالبته بكل أو بعض ما أداه للدائن ، ومن أمثلة هذا الضمان رجوع الكفيل على المدين بالنفقة إذا دفع دينها للمستحق لها (١) .

وإستئناف الضامن للحكم الصادر ضده لصالح المدعية يطرح على محكمة الإستئناف الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية وتلتزم ببحث مسئولية المدين والضامن فيهما ، وأنه لا يمنع من ذلك قضاء محكمة أول درجة بإخراج المدين من الدعوى بلا مصروفات (٢) .

---

(١) المرافعات المدنية ، للدكتور أبو الوفا ، طبعة ١٩٦٢ ، ص٢٠٢ ، والوسيط فى المرافعات ، للدكتور رمزى سيف ص ٣٠٩ ، وقواعد المرافعات ، للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوى ، جزء ٢ ، ص٣٦١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٦/١٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٢ ، ص٧٢٤ .

الفصل الثالث

الطلبات العارضة ، والتدخل

أولاً : الطلبات العارضة :

٢٩٦- تقدم الطلبات العارضة من المدعى أو من المدعى عليه إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها ، ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة (م١٢٣ مرافعات جديد) .

ولا تضاف الطلبات العارضة أثناء سير الدعوى إلا بإذن المحكمة حتى لا يتخذ ذلك وسيلة لإعنات الخصم أو تعطيل الحكم فى الدعوى (١) .

ويجوز إبداء الطلب العارض بمذكرة بشرط أن يثبت إطلاع الخصم الآخر عليها .

ولا يجوز للمحكمة أن تنظر فى طلبات قدمت فى الدعوى لم يعلم أو يعلن بها الخصم (٢) .

ومتى قدم الطلب العارض ولم ينزل عنه الخصم وجب على المحكمة الفصل فيه سواء أكان مقدماً بالإجراءات المعتادة أو شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصوم وأثبت بمحضرها (٣) .

وتنقضى الخصومة فى الطلب العارض إذا حكم ببطلان صحيفة الدعوى الأصلية أو بإعتبارها كأن لم تكن ، وذلك لأن الخصومة فى الطلب العارض تابعة للخصومة الأصلية تبقى ببقائها وتزول بزوالها ، ما لم يكن الطلب العارض قد رفع بالطرق المعتادة فعندئذ يكون له كيان مستقل لا

---

(١) تراجع المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥١/٢/٨ - مجموعة المكتب الفنى - ٢- ص٣١٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٩/٤/٢٣ - المحاماة - السنة ٤٠ - ص٨٨١ .

يتأثر ببطلان الخصومة فى الدعوى الأصلية .

ولا تعتبر المرافعة قد قفلت إلا بإنتهاء الأجل المصرح بتقديم مذكرات فيه بعد حجز الدعوى للحكم (١) .

وتقدم الطلبات العارضة إما من المدعى (م١٢٤ مرافعات جديد) ، وإما من المدعى عليه (م١٢٥ مرافعات جديد) . فليس ثمة ما يمنع المدعى من أن يجمع بين طلبين يقدم أحدهما ويعتبر نتيجة لازمة له (٢) ، كما يجوز للمدعى إبداء الطلبات العارضة فى مواجهة المدعى عليه أو فى مواجهة مدعى آخر أو فى مواجهة من إختصم أثناء نظر الدعوى (٣) .

ثانياً : التدخل فى الخصومة :

٢٩٧- تضمنت المادة ١٢٦ من قانون المرافعات الجديد القواعد العامة للتدخل فى الخصومة ، حيث تقرر أنه :

« يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكوت التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة » .

فالتدخل إذن – نوع من الطلبات العارضة ويتيح لشخص خارج عن الخصومة أن يتدخل فيها للذود عن مصالحه .

وينقسم التدخل – بحسب غاية التدخل أو هدفه منه ـ إلى :

١- تدخل هجومى (أو إختصامى أو أصلى) .

٢- وتدخل إنضمامى (أو تبعى أو تحفظى) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٤٦٧ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٠/١١/٢٤ – المرجع السابق – السنة ٢ – ص٦٣ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٠/٧/٢٢ – المرجع السابق – السنة ١ – ص٦٣٢ .

فالتدخل الهجومى من مقتضاه أن يطلب المتدخل الحكم له بحق ذاتى لنفسه ،كمن يطلب الحكم بإثبات عقده فى مواجهة طرفى الخصومة الأصلية .

والمتدخل فى هذه الحالة خصم حقيقى للخصمين الأصلين ، فهو يطالب بحق ذاتى له فى صورة طلب عارض لا يلزم أن يرفعه بصحيفة دعوى ، بل يجوز طلبه أمام محكمة غير مختصة .

ويشترط لقبول التدخل تحقق المصلحة له ، وقيام الإرتباط بين الدعوى الأصلية وطلب المتدخل (١) .

وقد قضت محكمة النقض بعدم جواز التدخل الهجومى لأول مرة فى الإستئناف (٢) .

أما التدخل الإنضمامى فيراد به المحافظة على حقوقه عن طريق مساعدة أحد الخصمين فى الدعوى فى دفاعه حتى لا يخسر الدعوى ، ويشترط أن يكون لطالب التدخل مصلحة ، كما أن له أن يدفع بعدم الإختصاص – ويترتب على إنقضاء الخصومة فى الدعوى الأصلية بالصلح أو الترك أو التنازل أو الحكم بعدم الإختصاص أو بعدم القبول أو ببطلان إنقضاء التدخل .

وإذا كان التدخل فى مستهل الخصومة جاز للمتدخل طلب إتخاذ إجراءات الإثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن نطاق التدخل الإنضمامى يتحدد بتأييد طلبات من يريد التدخل الإنضمامى اى يتحدد بتأييد طلبات أى خصم يريد المتدخل الإنضمام إليه من طرفى الدعوى . وقبل التدخل لا يطرح على

---

(١) المرافعات المدنية – للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ٨ – ص٢٥٤ ، وطبعة ١١ – ١٩٧٥ ، والوسيط فى المرافعات للدكتور رمزى سيف ، طبعة ٥ – ص٤٠٢ ، وقواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن ، للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوى – جزء ٢ – ص٤٥٠ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/٥/١٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١١٨٩ وما بعدها .

المحكمة طلب خاص بالمتدخل لتقضى فيه ، بل يظل عملها مقصوراً على الفصل فى الموضوع الأصلى المردد بين طرفى الدعوى ، ورفض طلب التدخل والقضاء فى الموضوع أثره إنتهاء الخصومة التى كان يهدف طالب التدخل الإنضمام إلى أحد طرفيها مع إعتباره أجنبياً عنها ، فلا يعد طرفاً فى الحكم الصادر فيها ولا يقبل منه الطعن فيه (١) .

وقضت بأن عدم قبول التدخل ممن يطلب الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى وإن كان من شأنه عدم إعتباره خصمًا فى الدعوى الأصلية أو طرفاً فى الحكم الصادر فيها ، إلا أنه يعتبر محكوماً عليه فى طلب التدخل فيكون له إستئنافه فإن فعل كان له التدخل فى الإستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية (٢) .

وقضت بأن مفاد نص المادة ٤١٢ مرافعات (المقابلة للمادة ٣٢٦ من قانون المرافعات الجديد) - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه إذا إقتصرت طلبات المتدخل على إبداء أوجه دفاع لتأييد طلبات الخصم الذى حصل الإنضمام إليه ولم يطلب الحكم لنفسه بحق ذاتى يدعيه فى مواجهة طرفى الخصومة ، فإن التدخل على هذا النحو أياً كانت مصلحة المتدخل فيه لا يعد تدخلاً هجومياً وإنما هو تدخل إنضمامى مما يجوز طلبه ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف (٣) .

وتحكم المحكمة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم .

وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو فى طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك وإلا إستبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (م١٢٧ مرافعات جديد) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/٣/٤ ، مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص٢٨٢ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٤٣٤ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/١١/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص١٤٠٧ .

إن مؤدى نص المادة ١٢٧ مرافعات أن المشرع أراد ألا يترتب على الطلبات العارضة وطلبات التدخل تأخير الفصل فى الدعوى وليس فى عبارة النص ما يوجب على المحكمة أن تقضى بقبول طلب التدخل بحكم مستقل قبل أن تصدر حكمها فى موضوع هذا الطلب ، وبالتالى فليس ثمة ما يمنع المحكمة من أن تقضى فى النزاع المتعلق بقبول طلب التدخل وفى موضوع هذا الطلب معًا ، ويستوى أن يكون ذلك مع الحكم فى الدعوى الأصلية أو بعد الفصل فيها متى كانت جميعها مهيأة للفصل (١) .

إذا كان من شأن الحكم الإبتدائى الصادر بعدم قبول التدخل ممن يطلب الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ، ألا يعتبر طالب التدخل خصمًا فى الدعوى الأصلية أو طرفا فى الحكم الصادر فيها ، إلا أنه يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – محكومًا عليه فى طلب التدخل ، ويكون له أن يستأنف الحكم القاضى بعدم قبول تدخله (٢) .

حكم التدخل ، والدعوى الحيلية :

نفقة أقارب ..

طلبت الأم المدعية الحكم بنفقتها على إبنها المدعى عليه وأمره بالأداء إليها وإذنها بالإستدانة عليه عند الحاجة ، وألزمه بالمصاريف وبجلسة ١٩٧٤/١٠/٥ وفى حضور طرفى الخصومة حضرت مطلقة المدعى عليه وقدمت مذكرة طلبت فيها قبول تدخلها خصماً ثالثاً فى الدعوى والحكم برفضها لأن المقصود بها عرقلة تنفيذ الحكم الصادر لها على مطلقها ، إذ المدعية موسرة بملكها ، فضلاً عن أن لها أبناء آخرين ولم ترفع الدعوى إلا على مطلقها المدعى عليه فى هذه الدعوى وبذات الجلسة قررت المحكمة

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٠/٥/١٤ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٨٣١ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٢ – ص١١٠٣ ، وينظر فى أحكام التدخل وشروطه وآثاره : القانون القضائى الخاص – للدكتور إبراهيم نجيب سعد – جزء ١ – طبعة ١٩٧٤ – ص٦٢٩ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه للأستاذ محمد كمال أبو الخير – ص٣٢٥ وما بعدها

قبولها خصماً ثالثاً فى الدعوى ، ثم صادق الطرفان على صفة المتدخلة ...

وبجلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على المدعى عليه بإلزامه بأن يؤدى شهرياً من اليوم ٦٠ قرشاً قدر ما يخصه فى نفقة طعامها وكسوتها وأمرته بأداء ذلك إليها فى مواعيده وأذنتها بالإستدانة عليه عند الحاجة وألزمته بالمصاريف (١).

ويؤخذ على هذا الحكم إغفاله الفصل فى موضوع تدخل الخصيمة الثالثة فى الدعوى وهو من الطلبات التى كانت معروضة على المحكمة ومن واجبها الفصل فيه عملاً بالمادة ١٢٧ مرافعات .

---

(١) مركز دمياط - جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ - القضية ١٣٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس ، و١٦٦ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مركز دمياط ، والقضية ١٦٨ سنة ١٩٧٤ - أحوال مركز فارسكور .

الباب السادس

وقف الخصومة ، وإنقطاعها ، وسقوطها وإنقضاؤها بمضى المدة وتركها

٢٩٨- يعترى سير الخصومة مسائل فرعية تعطل الفصل فى موضوعها أو تنهيها بغير حكم فيه .

وهذه المسائل هى :

. وقف سير الخصومة ، وإنقطاعها ، وسقوطها ، وإنقضاؤها بمضى المدة ، وتركها .

وسوف نتناولها فى الفصول الأربعة التالية أخذاً بأحكام قانون المرافعات المدنية لأنه فيها القانون الواجب التطبيق (م٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) (١) .

---

(١) يراجع فى هذه المسائل الفرعية . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ٢ - ص٣٣٢ وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - ص٥٦٣ وما بعدها ، ومبادىء قانون القضاء المدنى ، للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص٣١١ ، وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه - للأستاذ كمال عبد العزيز - ص١٨٣ وما بعدها ، والتعليق على قانون المرافعات الجديد - للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - ص١٤٢ وما بعدها ، ونظرية الدفوع - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ٤ - ١٩٦٢- ص٥٤٢ وما بعدها ، وكتابة : المستحدث فى قانون المرافعات الجديد - طبعة ١٩٦٨ - ص١١٤ وما بعدها ، وكتابة المرافعات المدنية - طبعة ١١- ١٩٧٥ ، وقانون المرافعات معلقاً عليه - للأستاذ محمد كمال أبو الخير - ص٤٤٤ وما بعدها، ومبادىء القضاء المدنى - للدكتور وجدى راغب - طبعة ١٩٧٧ - ص٤٠٨ وما بعدها .

الفصل الأول

وقف الخصومة

٢٩٩– تناولت أحكام وقف الخصومة المادتان ١٢٨ و ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد .

فنصت المادة ١٢٨ مرافعات على جواز وقف الدعوى بناء على إتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لإتفاقهم ، ولكن لا يكون لهذا الوقف أثر فى أى ميعاد حتمى يكون القانون قد حدده لإجراء ما .

وإذا لم تعجل الدعوى فى ثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل أعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً إستئنافه .

والجزاء المترتب على عدم تعجيل الدعوى فى الثمانية أيام التالية لإنقضاء مدة الوقف لا يتعلق بالنظام العام ، ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ،وإنما يتعين على المدعى عليه أن يتمسك به قبل التكلم فى الموضوع على صورة دفع شكلى وإلا سقط الحق فيه ، وهذا الحق لا يسقط بمجرد تأجيل الدعوى دون التكلم فى الموضوع (١) فلا تعد مفاوضات الصلح من قبيل القوة القاهرة المانعة من التعجيل فى الميعاد المقرر (٢) .

ونصت المادة ١٢٩ مرافعات على أنه فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى .

والحكم الصادر بوقف الدعوى هنا هو حكم قطعى بمعنى أنه لا يجوز

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٧٧٥ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦١/١١/٢٩ – المرجع السابق – السنة ١٢ – ص٧٢١ .

للمحكمة أن تعود إلى نظر الدعوى قبل تنفيذ مقتضاه وتقديم الدليل لها على ذلك (١) .

وعلى المحكمة إذا رفضت طلب الوقف أن تبين فى حكمها أن الفصل فى الدعوى الأصلية لا يقتضيه (٢) .

ويكون إيقاف الدعوى فى أكثر الحالات بإتفاق الخصوم أو بحكم من المحكمة وينتهى وقف الخصومة بمجرد زوال سبب الإيقاف (٣) .

وهذا النص مقتبس من التشريعات المقارنة (٤) .

ويشترط لوقف الخصومة شرطان :

الأول – أن يتم بناء على إتفاق طرفيها .

الثانى – ألا تزيد مدته عن ثلاثة أشهر (٥) .

على أنه يجب أن تعجل الدعوى ، وأن يتم إعلان الخصم بالتعجيل فى خلال الثمانية أيام التالية لنهاية مدة الإيقاف (٦) وإلا أعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً إستئنافه (م٢/٢١٨ مرافعات) .

تعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لا يشترط أن يتم بمعرفة المدعى، بل يجوز إجراؤه بمعرفة المدعى عليه (٧) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٨ – ص٨٥٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٥/١١/١١ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١٠٠٩ . .

(٣) المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

(٤) المرافعات المدنية – للدكتور عبد المنعم الشرقاوى – ص٤٧٢ وما بعدها .

(٥) وقانون المرافعات معلقاً عليه – للأستاذ محمد كمال أبو الخير – ص٤٤٥ .

(٦) قنا الإبتدائية – جلسة ١٩٥٠/١٠/٧ – المحاماة – السنة ٣١ – ص٧٨٦ .

(٧) نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ – الطعن ٦ لسنة ٥١ق (أحوال شخصية) .

الفصل الثانى

إنقطاع الخصومة

٣٠٠- تقضى المادة ١/١٣٠ من قانون المرافعات الجديد بإنقطاع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه عن الغائبين إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها .

فإنقطاع سير الخصومة إذن لا يرد إلا على خصومة منعقدة (١) .

وإعتبار الخصومة منقطعة بحكم القانون إنما يكون بمجرد قيام السبب الموجب للإنقطاع (٢) .

أما إذا كانت الدعوى مهيئة للحكم فى موضوعها فلا تنقطع الخصومة وتحكم المحكمة فيها ، وهنا يمكن أن يصدر الحكم على شخص متوفى وهو من أمر غريب نادر (٣) .

ويترتب على وقف الخصومة بسبب إنقطاعها بقوة القانون بطلان الإجراءات التى تقع بعد قيام الإنقطاع ، إلا أنه بطلان نسبى شرع لمصلحة من شرع الإنقطاع لحمايته بحيث لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها(٤).

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٣٢٩ وإستئناف القاهرة – جلسة ١٩٦١/١/١٧ – المجموعة الرسمية – السنة ٦٠ – العدد ١– ص٢ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٤٨٥ .

(٣) أصول المرافعات – للدكتور أحمد مسلم – طبعة ١٩٦٩ – ص٥٣٥ ، وانظر : نقض – جلسة ١٩٥٦/٤/١٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – ص٥٢٨ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – ص٦٢٣ ، ونقض – جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ – الطعن رقم ٦٧٦ – السنة ٣٢ق – المرجع السابق– السنة ١٩ – العدد ١ ، ونقض – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٧ – العدد ١ ص٤٤٣ ، وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ –المرجع السابق – ص٦٦٩ وما بعدها ، ونقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ – المرجع السابق – السنة ١٧ – العدد ٢– ص٥٨٩ .

وتعتبر الدعوى مهيئة للحكم فى موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة قبل الوفاة أو فقد أهلية الخصومة أو زوال الصفة (م١٣١ مرافعات) .

ويترتب على إنقطاع سير الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التى كانت جارية فى حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التى تحصل أثناء الإنقطاع (م١٢٢ مرافعات) .

وتستأنف الدعوى سيرها بصحيفة تعلن إلى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهلية الخصومة أو زالت صفته بناء على طلب الطرف الآخر أو بصحيفة تعلن إلى هذا الطرف بناء على طلب أولئك .

وكذلك تستأنف الدعوى سيرها إذا حضر لجلسة كانت محددة لنظرها وارث المتوفى أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة أو مقام من زالت عنه الصفة وباشر السير فيها (م١٣٣ مرافعات) .

وقد قضى (١) بأنه متى كان إنقطاع الخصومة راجعًا لوفاة المدعى عليه أو من فى حكمه (كالمستأنف عليه) ، تعين على المدعى والمستأنف فى هذه الحالة أن يعلن ورثة خصمه المتوفى بقيام الخصومة بينه وبين مورثهم ، ويكون عليه موالاة السير فى إجراءاتها فى مواجهتهم قبل إنقضاء سنة ، ولا يعتبر جهل المدعى أو المستأنف بورثة خصمه ومواطنهم عذراً مانعاً ، بل عليه هو البحث والتحرى عنهم محافظة على مصلحته وعدم تعريض دعواه للسقوط بفعله أو إمتناعه .

كما قضى (٢) بأنه وإن كانت الخصومة فى الإستئناف ينقطع سيرها لوفاة أحد الخصوم فيه أو فقد أهليته أو زوال صفة ممثله ، وأن كل إجراء يتم فى تلك الفترة يقع باطلاً ، إلا أن هذا البطلان – وعلى ما جرى به قضاء

---

(١) نقض – جلسة ٢٠/١/١٩٧٠ – مجموعة المكتب الفنى – لسنة ٢١ – العدد ١ – ص١٣٩ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ٣٠/٢/١٩٧٣ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١ – ص٢٨٧ ، ونقض - جلسة ٢٨/١١/١٩٦٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص١٤٣٢ ، ونقض – جلسة ٩/٤/١٩٧٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٥٨٧ .

النقض - بطلان نسبى قرره القانون لمصلحة من شرع الإنقطاع لحمايتهم، تمكيناً لهم من الدفاع عن حقوقهم وهو خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد أهليته أو تغيرت صفته ، فلا يحق لغيرهم أن يحتج بهذا البطلان .

هذا ، وإنقطاع سير الخصومة إنما هو وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الإنقطاع .

إن مجرد وفاة الخصم أو فقد إهلية الخصومة يترتب عليه إنقطاع سير الخصومة . وإنما يحصل هذا الإنقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر (١) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨٣/٦/١٤ الطعن ٥٦ لسنة ٥٢ ق (احوال نفس)

الفصل الثالث

سقوط الخصومة وإنقضاؤها بمضى المدة

أولاً : سقوط الخصومة :

٣٠١- لكل ذى مصلحة من الخصومة فى حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعى أو إمتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى إنقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى (م١٣٤ مرافعات جديد) [١] .

ويشترط لسقوط الخصومة أن يكون الوقف بفعل المدعى أو إمتناعه[٢].

وميعاد الستة أشهر هو ميعاد إجرائى يضاف إليه ميعاد مسافة على أساس المسافة بين مقر المحكمة التى قدم إليها طلب سقوط الخصومة ومحل من يراد إعلانه بصحيفة التعجيل [٣] .

ولا تبدأ مدة سقوط الخصومة فى حالات الإنقطاع إلا من اليوم الذى قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة بإعلان ورثة خصمه الذى توفى ، أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة ، أو مقام من زالت صفته بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلى (م١٣٥) .

ويقدم طلب الحكم بسقوط الخصومة إلى المحكمة المقامة أمامها الدعوى المطلوب إسقاط الخصومة فيها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى -

---

(١) المراجع الفقهية السابقة ، ويراجع أيضاً : الدفع بسقوط الخصومة ، طبيعته وموعد إبدائه - بحث - للدكتور حسن أبو السعود - المحاماة - السنة ٣٦ - العدد ٦ ص٧٥٤ وما بعدها وطلب إسقاط الخصومة ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، بحث المحاماة - السنة ٣٦ - العدد ٦ ص٩٤١

(٢) نقض جلسة ١٩٦٥/٧/١٨ مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص٣٥١

(٣) نقض جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ المرجع السابق . السنة ١٧ ص٣٤٣

ويجوز التمسك بسقوط الخصومة فى صورة دفع إذا عجل المدعى دعواه بعد إنقضاء الستة أشهر .

ويكون تقديم الطلب أو الدفع ضد جميع المدعين أو المستأنفين وإلا كان غير مقبول (م١٢٦ مرافعات) .

وعدم تمسك المستأنف عليه بالسقوط بعد تعجيل الإستئناف وتكلمه فى الموضوع يسقط حقه فى التمسك بسقوط الخصومة (١) .

ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك رفع الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى ولا فى الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا فى الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات من الخصوم أو الأيمان التى حلفوها (م١٣٧) .

ومتى حكم بسقوط الخصومة فى الإستئناف أعتبر الحكم المستأنف إنتهائياً فى جميع الأحوال – ومتى حكم بسقوط الخصومة فى إلتماس إعادة النظر قبل الحكم بقبول الإلتماس سقط طلب الإلتماس نفسه ، أما بعد الحكم بقبول الإلتماس فتسرى القواعد السالفة الخاصة بالإستئناف أو بأول درجة حسب الأحوال (م١٣٨) .

والخصومة فى الإستئناف من ناحية سقوطها مستقلة عن الخصومة أمام محكمة أول درجة (٢) .

ولا يترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الإقرارات الصادرة من الخصوم (٣) .

وتسرى المدة المقررة لسقوط الخصومة فى حق الأشخاص ولو كانوا عديمى الأهلية أو ناقصيها .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٦٥٦ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ ، المرجع السابق ، السنة ١٧ ، ص٥٤٢ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٩ – المرجع السابق – السنة ١٨ – العدد ٢– ص٥٩٩ وما بعدها .

إن سقوط الخصومة بمضى أكثر من ستة أشهر على آخر إجراء صحيح متصل بمصلحة الخصم ، ومن ثم يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً(١).

إن إنقطاع سير الخصومة لوفاة أحد المدعى عليهم وعدم قيام المدعى بموالاة السير فى الدعوى خلال ستة أشهر يؤدى إلى سقوط الخصومة(٢).

إن إنقطاع سير الخصومة لوفاة المدعى عليهم - عدم بدء سريان مدة السنة المحددة لسقوط الخصومة فى حق ورثته إلا من تاريخ إعلانهم من المدعى عليه بوجود الخصومة والتمسك بعدم إعلان الورثة من حقهم دون سواهم (٣) .

ثانيًا - إنقضاء الخصومة بمضى المدة :

٣٠٢- نصت المادة ١٤٠ من قانون المرافعات الجديد على أنه فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها .

وكانت المدة المقررة لإنقضاء الخصومة بمضى المدة فى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ خمس سنوات .

ويقصد بعبارة (فى جميع الأحوال) الواردة فى النص الجديد ، أى ولو كانت الخصومة بمنجى من السقوط طبقًا لقواعد سقوط الخصومة (٤) ، وأياً كان سبب السير فيها سواء أكان وقف الدعوى أم إنقطاعها (٥) .

وتبدأ مدة الإنقضاء بالتقادم من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها ، ولا يقطعها إلا إجراء صحيح يتعلق بالخصومة مقصوداً به السير نحو الفصل فيها وصادراً من أحد الخصوم فى مواجهة الخصم الآخر (٦) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص٦٠٦.
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٤٥٢ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٨ - المرجع السابق السنة ١٧ - ص١٤٥٢ .
(٤) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، ص٣٦٣.
(٥) الوسيط فى شرح قانون المرافعات الجديد - للدكتور رمزى سيف - ص٥٩٦.
(٦) نظرية الدفوع - للدكتور أحمد أبو الوفا - ص٦٣٩ .

الفصل الرابع
ترك الخصومة

٣٠٣- يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو إبدائه شفوياً فى الجلسة وإثباته فى المحضر (م١٤١ مرافعات جديد) .

ولا يصح الترك من الوكيل إلا إذا كان مفوضاً تفويضاً خاصاً به .

والترك جائز ولو كان قد صدر فى الدعوى أحكام قطعية فرعية كانت أو موضوعية .

والإقرار المقدم للمحكمة المختصة بترك الخصومة يقوم مقام المذكرة الموقع عليها منه والتى يجوز إبداء ترك الخصومة ببيان صريح فيها ، وتقديم المطعون ضده الإقرار يعد قبولاً منه الترك (١) .

إن التمسك بالبطلان الناشىء عن عدم مراعاة إعلان ترك الخصومة قاصر على من شرع لمصلحته (٢) .

ولا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله (٣) ومع ذلك لا يلتفت لإعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم إختصاص المحكمة ، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من سماع الدعوى (م١٤٢ مرافعات جديد) .

ويترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بها فى ذلك رفع الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق الإجراءات المرفوعة به الدعوى (م١٤٣ مرافعات) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص٣١٥٠ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص٣٥١ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ - الطعن ٦٦ لسنة ٥٤ق - (احوال شخصية) .

وإذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمناً إعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم تكن (م١٤٤) .

النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به (م١٤٥) .

هذا وترك الخصومة هو تنازل المدعى عنها وعن كافة إجراءاتها بما فى ذلك صحيفة إفتتاحها ويترتب عليه إلغاء كافة الآثار القانونية على قيامها ، فيعود الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، وفى ترك الخصومة لا يتنازل المدعى عن حقه الذى يدعيه وإنما يحتفظ به ولا يمتنع عليه تجديد الدعوى فى المستقبل للمطالبة بذات الحق وفى مواجهة نفس الخصم الذى أقام الدعوى الأولى فى مواجهته (١) .

وقد قضى (٢) بأن المقرر عدم جواز الطعن بالإستئناف إستقلالاً فى الحكم الصادر برفض الإدعاء بالتزوير ، ومن ثم فإن ترك الخصومة فى إستئناف هذا الحكم لا يحول دون قضاء محكمة الإستئناف برد وبطلان العقد المطعون فيه عند نظر إستئناف الحكم الصادر من بعد فى الموضوع .

---

(١) يراجع تفصيل ذلك فى : نظرية الدفوع – للدكتور أحمد ابو الوفا – ص٦٧١ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه – للأستاذ محمد كمال أبو الخير – ص٤٦٦ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – العدد ١ – ص١٣٤ .

الباب السابع

عدم صلاحية القضاة، وردهم، وتنحيتهم

٣٠٤- كانت تتناول أحكام رد القضاة في اللائحة الشرعية المواد من ٢٤٩ حتى ٢٧٢ ، ولكن هذه المواد قد ألغيت بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م١٣) ومن ثم كان قانون المرافعات المدنية - في شأنها - هو الواجب التطبيق (م٥) .

ولقد نظم الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام عدم صلاحية القضاة ، وردهم ، وتنحيتهم في المواد من ١٤٦ حتى ١٦٥ .

وسوف نتناول هذه الأحكام فيما يلي (١) .

أولاً - أحوال عدم صلاحية القضاة (٢) :

٣٠٥- يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها - ولو لم يرده أحد من الخصوم - في الأحوال الآتية :

(١) إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة .

(٢) إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته .

(٣) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له ، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو ... إلخ .

---

(١) يراجع في الدفاع عن القاضي ، البحث القيم : حق الدفاع وحق التقاضي - لنقيب المحامين الأستاذ مصطفى البرادعي المحامي - المحاماة - السنة ٤٢ - العدد ٥ - ص٦٠٧ وما بعدها .

(٢) أدخل القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على مواد الرد تعديلات شملت الرسوم والكفالة والغرامة بالزيادة للحد من الردود الكيدية - (يراجع قانون المرافعات المدنية) .

(٤) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصيًا أو قيمًا عليه مصلحة فى الدعوى القائمة .

(٥) إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم فى الدعوى ، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل إشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها « م١٤٦ مرافعات » .

ويقع باطلاً عمل القاضى أو قضاؤه فى الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم بإتفاق الخصوم « م١/١٤٧ مرافعات » .

إن الوكالة عن أحد الخصوم التى تجعل القاضى غير صالح لنظر دعواه ممنوعًا من سماعها هى تلك الوكالة القائمة وقت نظر تلك الدعوى ، فإذا كانت الوكالة قد إنقضت قبل هذا الوقت فإنها لا تمنع القاضى من نظر الدعوى (١) .

إن المصاهرة التى تجعل القاضى غير صالح لنظر الدعوى هى التى تكون فى النطاق الذى يمتد بنص المادة ٣١٣ مرافعات « المقابلة ١٤٦ فى قانون المرافعات الجديد » إلى الدرجة الرابعة (٢) .

ثانيًا – رد القضاة :

٣٠٦– وبينت المادة ١٤٨ من قانون المرافعات الجديد أسباب رد القاضى :

١– إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٧ –مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٩٠٠

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ ص١٩٥٥
وأنظر التعديلات التى أدخلها القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على قواعد الرد . والوارد بالوثائق فى نهاية هذا المؤلف .

٢- إذا كان لمطلقته التى له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى بقصد رده .

٣- إذا كان أحد الخصوم خادمًا له ، أو كان قد إعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته . أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده .

٤- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم إستطاعته الحكم بغير ميل .

وعلى القاضى فى الأحوال المذكورة فى المادة السابقة أن يخبر المحكمة فى غرفة المشورة أو رئيس المحكمة الإبتدائية - على حسب الأحوال - بسبب الرد القائم به وذلك للإذن له بالتنحى ، ويثبت هذا كله فى محضر خاص يحفظ بالمحكمة « م١٤٥ مرافعات » (١) .

ثالثًا - تنحية القضاة :

٣٠٧- يجوز للقاضى فى غير أحوال الرد المذكورة ، إذا إستشعر الحرج من نظر الدعوى لأى سبب ، أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة فى غرفة المشورة أو على رئيس المحكمة للنظر فى إقراره على التنحى « م١٥٠ مرافعات » .

رابعًا - إجراءات الرد والحكم فيه :

٣٠٨- تضمنت المواد من ١٥١ إلى ١٦٥ من قانون المرافعات الجديد إجراءات رد القضاة والحكم والطعن فيه ، وهى تجمل فيما يلى :

١- يجب أن يقدم طلب الرد قبل تقديم أى دفع وإلا سقط الحق فيه ، وذلك فى مدى ثلاثة أيام (م١٥١ مرافعات) ، أو من يوم علمه بأسبابه (م١٥٢) .

---

(١) المنصورة الإبتدائية - (دائرة الجنح المستأنفة) - جلسة ١٩٧٣/٢/١ - القضية ١٤٠٣ سنة ١٩٧١ كلى ، وإستئناف المنصورة - جلسة ١٩٧٣/٣/٥ - الدائرة ٥ مدنى - القضية ١١٠ لسنة ٢٥ق ، وقد قضى فيها برفض طلب الرد وتغريم مدعية مائتا جنيه .

٢- يحصل الرد بتقرير يكتب بقلم الكتاب يوقعه الطالب نفسه (أو وكيله المفوض فيه بتوكيل خاص يرفق بالتقرير) .

ويجب أن يشتمل الرد على أسبابه وأن يرفق به ما يوجد من الأوراق المؤيدة له .

وعلى طالب الرد أن يودع عند التقرير ثلاثمائة جنيهًا على سبيل الكفالة (١). كما يجب على كاتب المحكمة رفع تقرير الرد إلى رئيسها خلال أربع وعشرين ساعة ، وعلى الرئيس أن يطلع القاضى المطلوب رده على التقرير فوراً وأن ترسل صورة منه إلى النيابة (م١٥٥) .

٣- يجب على قلم الكتاب تحديد جلسة فى موعد لا يجاوز ٧ أيام من تاريخ تقديم الطلب ويوقع طالب الرد بما يفيد علمه بالجلسة .

٤- على القاضى المطلوب رده أن يجيب بالكتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال أربعة الأيام التالية لإطلاعه - وإذا كانت الأسباب تصلح قانوناً للرد ولم يجب عليها القاضى المطلوب رده فى الميعاد المحدد أو إعترف بها فى إجابته ، أصدر رئيس المحكمة أمراً بتنحيه (م١٥٦) .

٥- يعين رئيس المحكمة الدائرة التى تتولى نظر طلب الرد ، وعليها أن تقوم بتحقيقه فى غرفة المشورة ثم تحكم فيه بعد سماع أقوال طالب الرد وملاحظات القاضى عند الإقتضاء وممثل النيابة إذا تدخلت فى الدعوى ، ويتلى الحكم فى جلسة علنية - ولا يجوز فى تحقيق طلب الرد إستجواب القاضى ولا توجيه اليمين إليه (م١٥٧) .

٦- تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد على الطالب بغرامة لا تقل عن مائتى جنيهاً ولا تزيد على ألفى جنيه ومصادرة الكفالة .

وفى حالة ما إذا كان الرد مبنيًا على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ مرافعات فعندئذ يجوز إبلاغ الغرامة إلى ثلاثة آلاف جنيه وفى كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم (٢)ويعفى طالب الرد من الغرامة

(١، ٢) معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

فى حالة التنازل عن الطلب فى الجلسة الأولى وإذا كان التنازل بسبب تنحى القاضى المطلوب رده أو نقله أو انتهاء خدمته .

٧- يترتب على طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه نهائياً ، ويجوز للمحكمة فى حالة الأستعجال وبناء على طلب الخصم الآخر ندب قاض بدلاً ممن طلب رده (م١٦٢) .

٨- تتبع القواعد والإجراءات المتقدمة عند رد عضو النيابة إذا كان طرفاً منضماً لسبب من الأسباب المنصوص عليها فى المادتين ١٤٦ ، ١٤٨ .

٩- وبينت المادة ١٦٤ من قانون المرافعات على أنه لا يجوز طلب رد جميع قضاة أو مستشارى المحكمة أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفى للحكم فى الدعوى الأصلية أو طلب الرد .

١٠- إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الإختصاص زالت صلاحيته للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها (م١٦٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة عن الخصوم كسبب لعدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى هى تلك الوكالة القائمة وقت نظرها (١) .

وبأن الحكم فى المسائل المستعجلة ، لا يعتبر سبباً لعدم الصلاحية عند نظر الموضوع (٢) .

وبأن عدم صلاحية القاضى بسبب المصاهرة ، نطاقها الدرجة الرابعة(٣) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص١٥٩٢.

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/١٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٩٠٠ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٩٥٥ .

وبأن تنحية القاضي بسبب رابطة المودة ، وسيلته طلب رده تنحى القاضي بسبب الحرج متروك لتقديره (١) .

وبأن إستئناف الحكم الصادر فى طلب رد القاضى ، جوازه فى حالة رد القاضى الجزئى أو قاضى المحكمة الإبتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائياً (٢) .

وقد رفضت جميع طلبات مخاصمة رجال القضاء والنيابة لعدم ثبوت ما يدعى به من وقوع خطأ جسيم (٣) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٩٥٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/٢/٦ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٢٦٣ .

(٣) تراجع فى المخاصمة الأبحاث والمراجع التالية : فى مخاصمة القضاة – للدكتور أحمد رفعت خفاجى – المجموعة الرسمية – السنة ٥٦ – العدد ٩و١٠ – ص٤٤٣ وما بعدها ، وبحثه فى مجلة القضاة – العدد ٨ – ص٩١ وما بعدها ، والخطأ المهنى الجسيم ومخاصمة القضاة – للدكتور محيى الدين علم الدين – مجلة قضايا الحكومة – السنة ١٧ – العدد ٤ – ص٩٤٧ وما بعدها ، والقانون القضائى الخاص– للدكتور إبراهيم نجيب سعد – جزء ١ – طبعة ١٩٧٤ – ص٢٧٦ وما بعدها والمراجع العديدة التى أشار إليها ، ومبادىء قانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ١٩٧٥ – ص٤٠٤ وما بعدها ، وقانون المرافعات معلقاً على نصوصه – للأستاذ محمد كمال أبو الخير – ص٤٧٠ وما بعدها .

نظرية إثبات المواد الشرعية

- السمات المميزة لإثبات الدعاوى الشرعية .
- صحة الأوراق ، وإنكارها ، والإدعاء بتزويرها .
- شهادة الشهود ، وشهادة الإستكشاف .
- القرائن ، وحجية الأمر المقضى .
- الإقرار ، وإستجوّاب الخصوم .
- اليمين والمعاينة ، والخبرة .



السمات المميزة لإثبات الدعوى الشرعية :

تقديم :

٣٠٩- يعتمد إثبات الدعوى الشرعية (١) على شهادة الشهود ، وعلى

---

(١) أهم المراجع فى نظرية الإثبات الشرعية : شرح اللائحة الشرعية : للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد ، ص٢٨٩ وما بعدها ، ومباحث المرافعات والدعاوى الشرعية للشيخ محمد زيد الإبيانى ، ص٧٦ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية للقاضى على قراعة ، ص٦١ وما بعدها ، ومن طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون ، للدكتور أحمد عبد المنعم البهى ، ص٢٠ وما بعدها ، ونظرية الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، للأستاذ أحمد فتحى بهنسى ، ص١٣ وما بعدها ، ورسالة الإثبات ، للأستاذ أحمد نشأت ، طبعة ١٩٢٤ ، ص٢٩ وما بعدها ، والأدلة أو نظرية الإثبات ، للدكتور عبد السلام ذهنى ، ص١ وما بعدها ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المجلد ٢ ، ص١٠٣٥ وما بعدها ، والتعليق على قانون الإثبات للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز ، ص١٢ وما بعدها ، والمستحدث فى قانون المرافعات الجديد والإثبات ، للأستاذ أحمد أبو الوفا ، ص٢٨٩ وما بعدها ، وأحكام الإلتزام ، الإثبات ، طبعة ١٩٦٧ ، للدكتور إسماعيل غانم ، ص٤٥٩ وما بعدها ، والوسيط للدكتور السنهورى - جزء ٢و٣ ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات ، للدكتور رمزى سيف ، ص٦٠٨ ، وطرق الإثبات الشرعية ، بحث ، للمرحوم الشيخ أحمد بك إبراهيم ، مجلة الحقوق ، العدد ١ ، ص ١ وما بعدها ، والإقرار للأستاذ جمال الدين اللبان ، بحيث ، مجلة قضايا الحكومة ، السنة ٣ العدد ٤ ، ص٥ وما بعدها ، والقرينة والقاعدة الموضوعية ، بحث ، للأستاذ عوض محمد عوض ، مجلة قضايا الحكومة ، وحجية الأحكام الجنائية فى دعاوى الأحوال الشخصية ، بحث للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٣٩ - العدد ١ و٢ - ص٩٤ وما بعدها ، واليمين ، بحث للأستاذ طاهر الموصلى - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٨ ، ص١٩٦٦ وما بعدها ، وحجية الأمر المقضى ، بحث ، للدكتور إدوار غالى - المحاماة - السنة ٤٢ - العدد ٥ - ص٤٥٥ وما بعدها ، ودعوى التزوير الفرعية ، بحث للدكتور أحمد أبو الوفا- المحاماة - السنة ٤٥ - العدد ٧و٨ ص٦٧٨ وما بعدها ، وأحكام الإقرار فى التشريع السورى ، بحث للدكتور نزار الكيالى ، المحاماة - السنة ٤٦ - العدد ٥و٦ - ص٥٠٩ وما بعدها ، وقضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً - للمستشار صالح حنفى - طبعة ١٩٦٨ - ص٧ ، وما بعدها ، والدليل المرشد ، للأستاذ محمد الغريب - ص٩٥ وما بعدها ، وتعليمات الحقانية فى الإثبات ، ومقال : إثبات خيانة الأمانة فى الأوراق المضاة على بياض =

اليمين أخذاً من حديث الرسول عليه الصلاة والسلام :

« البينة على من إدعى ، واليمين على من أنكر » .

ولقد حصرت المادة ١٢٣ من اللائحة الشرعية الأدلة الشرعية فى : الإقرار ، والشهادة ، والنكول عن الحلف ، والقرينة القاطعةوقد عرفت تلك المادة الأدلة الشرعية بأنها ما يدل على الحق ويظهره .

وفصلت المواد من ٢٢٤ إلى ٢٤١ من اللائحة الشرعية أحكام تلك الأدلة الشرعية

إلا إن تلك المواد قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء (م١٣) فيما عدا ثلاث مواد هى :

المادة ١٣٧ الخاصة بمنع سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو إستبداله أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط – وقد سبق أن تناولنا تلك المادة عند الكلام فى سماع الدعوى .

والمادة ١٧٩ الخاصة بشهادة الإستكشاف .

والمادة ١٨١ الخاصة بالشهادة بالإيصاء أو الوصية .

وسوف نتناول أحكام هاتين المادتين فى شهادة الشهود .

وفيما خلا المواد الثلاث الباقيات من اللائحة الشرعية ، يكون قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ هو الواجب التطبيق ، لأنه حل محل الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (الملغى) الذى كان قائماً وقت صدور قانون إلغاء المحاكم الشرعية والملية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

المبادىء العامة فى الإثبات فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ :

٣١٠– أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى ما يخالف الثابت

=- للدكتور إدوار غالى الذهبى – المحاماة – السنة ٥٠ – العدد ٩ – ص٨١ وما بعدها، والعلم فى كشف الجرائم – باب التزوير – تأليف منجل مولاند – بالإنجليزية .

أصلاً مدعياً كان أو مدعى عليه (١) .

إن حسن النية مفترض وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه (٢) .

يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من المدين حتى يمكن خصمه منه ، ولا على المحكمة إن هى لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل (٣) .

إن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ويجوز للخصم الذى لم يكن مكلفًا فى الأصل بحمل عبء إثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها فإذا أجابته المحكمة إلى طلبه إمتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفًا قانونًا بالإثبات وذلك على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة إتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه (٤) .

متى كان الحكم متعلقًا بإجراءات الإثبات وصادراً قبل الفصل فى الموضوع ولا يتضمن فى أسبابه أو منطوقه قبول الطلب العارض الذى أبداه الطاعن ، فإنه يجوز للمحكمة أن تعدل عن هذا الحكم أو تقضى بسقوط حق الخصم فى التمسك به (٥) .

حق المحكمة فى العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات متى رأت أنه أصبح غير منتج وأن ما إستجد فى الدعوى بعد حكم الإثبات يكفى لتكوين عقيدتها (٦) .

المقرر فى قضاء النقض أن محكمة الموضوع هى وحدها صاحبة الحق فى تقدير ما يقدم إليها فى الدعوى من الأدلة ، وترجيح ما تطمئن إلى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٨ – ص٧٠٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٩/٢٢ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٣٢٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٧٢٠ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/١١/١٩ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٧٣٥ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٦٧/١٢/١٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص١٨٧١.

(٦) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٧٥١ .

ترجيحه منها ، وإستخلاص ما ترى أنه واقعة الدعوى ، دون رقابة عليها لمحكمة النقض (١) .

ولئن كان لمحكمة النقض الحق فى تقدير أدلة الدعوى وإستخلاص الواقع منها ، إلا أنه يتعين أن تفصح عن مصادر الأدلة التى تكونت منها عقيدتها وفحواها ، وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ، ثم تنزل عليها تقديرها ، ويكون مؤدياً إلى النتيجة التى خلصت إليها ، وذلك حتى يتأتى لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها على سداد الحكم ، وأن الأسباب التى أقيمت عليها جاءت سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق ويتأدى مع النتيجة التى خلص إليها (٢) .

وأن المقرر فى قضاء النقض أن الحكم يجب أن يكون فيه بذاته ما يطمئن المطلع عليه على أن المحكمة قد محصت الأدلة التى قدمت إليها وحصلت منها ما تؤدى إليه وذلك بإستعراض هذه الأدلة والتعليق عليها بما ينبىء عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة (٣) – وأنه من ثم يتعين على محكمة الإستئناف أن تبحث مجموع المستندات المتعلقة بالنزاع والصادرة من ذوى الشأن ، ولا يشفع فى ذلك إحالة الحكم المطعون فيه إلى أسباب الحكم الإبتدائى فى شأن هذه المستندات دون مناقشة دلالتها (٤) .

المقرر أن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعى ومنها ما هو شكلى ، وفى قضايا الأحوال الشخصية والوقف يتبع فى قواعد الإثبات الموضوعية أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، وأن نصاب الشهادة والشروط الواجب توافرها فى الشاهد حتى تقبل شهادته ، وقوة الدليل المستمد من شهادة الشهود ، من مسائل الإثبات الموضوعية التى يتبع فيها أرجح الأقوال فى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – وجلسة ١٩٧٠/١٢/٣١ – ص١٣١١ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٨٢/٤/٨ – الطعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٥٠ق ، ونقض – جلسة ١٩٨٢/٢/٢٢ – الطعن ٦٢٢ لسنة ٤٧ق .

(٣) نقض – جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ – الطعن ٢١٥ لسنة ٥٢ق .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٠/١/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – ص٢٠٦ .

مذهب أبى حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وأن الشهادة ولاية لنفاذها على المشهود عليه . ومن القواعد المقررة بالإجماع فى الفقه الحنفى الا ولاية لغير المسلم على المسلم عملاً بقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » . ولذلك فقد نص الفقهاء على أن شهادة غير المسلم على المسلم لا تقبل شرعاً (إبن عابدين – جزء ١ – ص٩٦ ، والفتاوى الهندية – جزء ٣ – ص٥١٧ ، والنوابع جزء ٢ – ص٢٥٣) ، وعلى هذه أيضًا إستقر قضاء النقض (نقض – جلسة ١٩٧٤/٦/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٥ – مدنى وأحوال – ص٩٧٩) ، ذلك أن الشهادة فى إصطلاح الفقهاء هى إخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق الغير ولو بلا دعوى (إقرار – شهادة) – وقد جاء بالحكم المتقدم أن : (... أقوال المسيحيات تتضمن شهادة مقصودة من غير المسلم ، وأن الحكم المطعون فيه إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة يكون قد إلتزم المنهج الشرعى السليم ...) .

إن الشهادة تجرى مجرى التمليكات لما فيها من معنى أن : (القاضى يملك الحكم بالشهادة ، كان الشاهد قد ملكه الحكم ، ومن الأصول الشرعية المقررة أنه إذا تضمنت الشهادة معنى النفع أو الدفع صار الشاهد متهماً ، ولا شهادة للمتهم) – وقد جرى قضاء النقض على أن الإطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره (نقض – جلسة ١٩٦٢/٥/٢٢ – الطعن ٣٩ لسنة ٢٩ق) .

وأن الأصول الشرعية قد تضمنت فى الشهادة شروطاً متعددة ، منها أن يكون الشاهد قد عاين المشهود به أو دليله بنفسه ، فلا تصح فى طلب التطليق الشهادة بالتسامع ، لقوله ﷺ : « إذا علمت مثل الشمس فإشهد وإلا فدع » ، وأن لا يكون الشاهد محدوداً فى قذف ، ولا متهماً فى شهادة ، (اى بقصد الحصول على مغنم أو دفع مغنم) لقوله ﷺ « لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم » ، وألا يكون الشاهد خصماً ، لقوله ﷺ : « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين » ، ولا تقبل شهادة العدو على عدوه ، لقوله ﷺ : « لا تجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الجثة » .

تراجع فى شروط الشهادة :

مباحث المرافعات والدعاوى الشرعية – للأستاذ محمد زيد الإبيانى – ص٩٧ وما بعدها ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية – للقاضى على قراعة – ص١٤٥ وما بعدها ، وطرق الإثبات فى الشريعة والقانون – رسالة – للدكتور أحمد البهى – ص ٢١ وما بعدها ، وشرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – ص٣٤٨ وما بعدها، وشهادة النفى – للشيخ أحمد إبراهيم – ص١٠٧) .

وأخيراً ، فإن المقرر فى قضاء النقض أن لمحكمة الإستئناف أن تذهب فى تقدير أقوال الشهود مذهبًا مخالفًا لتقدير محكمة أول درجة ولا يكون عليها فى هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله ، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما إطمأنت إليه ولو كان مخالفًا لما إستخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعتهم (نقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – مدنى وأحوال شخصية – ص٥٤٠) ، وأن لمحكمة الإستئناف كذلك رقابة على تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود (نقض – جلسة ١٩٨١/٦/٦ – الطعن – رقم ١٧٧٢ لسنة ٥٠ق) (١) .

تقديم :

٣١١– ثم نتناول قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية (٢) التى

---

(١) صحيفة الإستئناف المقام بمعرفتنا طعنًا فى الحكم الصادر فى القضية رقم ١١٦ سنة ١٩٨٤ أحوال نفس كلى دمياط .

(٢) فقد جمع قانون الإثبات قواعد الإثبات الإجرائية التى كان يتضمنها قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والقواعد الموضوعية التى كان ينص عليها القانون المدنى ، وتتضمن مذكرته الإيضاحية بيانًا لذلك أن التشريعات نهجت مناهج شتى فى إختيار الوضع المناسب لقواعد الإثبات من التقنينات المختلفة ، فذهبت التشريعات الجرمانية إلى إلحاقها بقانون المرافعات وهو مذهب يلقى النقد الشديد من الفقه المصرى فى حين إتجهت التشريعات اللاتينية إلى توزيع تلك القواعد بين القانون المدنى فتخصه بالقواعد الموضوعية ، وبين قواعد المرافعات فتخصه بالأحكام الإجرائية ، وهو ما أخذ به التشريع القائم ، إلا أنه مذهب محل=

تضمنها قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، والأحكام الباقية من اللائحة الشرعية فى شأنها أبواب خمسة .

=نقد كذلك لصعوبة إقامة تفرقة فاصلة بين ما هو إجرائى وما هو موضوعى من قواعد الإثبات فضلاً عن صعوبة إختيار الوضع المناسب للقواعد الموضوعية فى التقنين المدنى ، أما الإتجاه الثالث فهو إتجاه للتشريعات الأنجلو سكسونية التى تجمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية فى تقنين مستقل ، وقد أخذ بذلك التشريع الأمريكى والقانون السورى ، بل أن الأول يزيد على ذلك إضافة قواعد الإثبات الجنائية إلى هذا التقنين وقد رأى المشرع الأخذ بالإتجاه الأخير ، فصل قواعد الإثبات الموضوعية من القانون المدنى وأحكامه الإجرائية من قانون المرافعات وجمعها فى تقنين مستقل ، لما رآه فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعريف على ما يسند حقه من دليل وطيرق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات من الصلة الوثيقة التى تجمعها حتى ليتعذر فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو إجرائى خالص ، بل أنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوباً فيه أن كليهما ينبنى حكمه على الآخر . وأخيراً فقد رأى المشرع فى هذا المسلك تخلصاً من النقد الذى يوجه إلى موضع مواد الإثبات فى القانون المدنى إذ جاء فى نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالإلتزامات أو الحقوق الشخصية فى حين أن حكمها يسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية وهو نقد أحس به واضعوا مشروع القانون المدنى وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الإثبات وقواعد الشهر فى كتاب مستقل . وإذا كان المشروع قد إنتهى إلى تجميع قواعد الإثبات الموضوعية وأحكامه الإجرائية فى تقنين مستقل ففصلها بذلك عن القانون المدنى وقانون المرافعات ، فإنه حرص فى مراجعته أن يعمل على تيسير إجراءات الإثبات ، تحقيق مزيد من إيجابية القاضى وفاعليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة فى هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم ، والحرص على إستقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المطل ، وفى سبيل تحقيق هذه الأهداف إستحدث المشروع عدة أحكام وأدخل عدة تعديلات على النصوص القائمة .

الباب الأول

صحة الأوراق وإنكارها والإدعاء بتزويرها

٣١٢- الأدلة الكتابية نوعان . محررات رسمية ، ومحررات عرفية ولكل من النوعين أحكامه ، وحجيته ، وسبل الطعن عليه (١) .

وهذا يقتضينا - قبل أن نبحث صحة الأوراق (المحررات) وإنكارها والإدعاء بتزويرها - أن نتناول بالبحث أحكام تلك المحررات الرسمية والعرفية وطلب إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده .

ومن ثم نعرض موضوعات هذا الباب فى خمسة فصول .

---

(١) ذلك ان المقرر - وفقًا لما إستقر عليه قضاء النقض - أن المدعى هو المكلف بإثبات دعواه ، وتقديم الأدلة التى تؤيد ما يدعيه (نقض - جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٠ - رقم ٧٦ - ص٤٩٩ وما بعدها) ولمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تقدير ما يقدم إليها من الأدلة ، والموازنة بينها ، وترجيح ما تطمئن إليه منها (نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ٣ - مدنى وأحوال - ص١٣١١ وما بعدها وذات الجلسة - ص١٣٤٠ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - العدد ٢ - مدنى وأحوال - ص٥٠٦ وما بعدها ، ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ - المرجع السابق - ٢١ -١ ص٣٦٨) .

الفصل الأول

المحررات الرسمية ، والعرفية

أولاً – المحررات الرسمية :

٣١٣– المحررات الرسمية (١) – كما تقرر المادة ١٠ من قانون الإثبات هى تلك التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقًا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته وإختصاصه ، فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم (٢) .

إذا كان الحكم المطعون فيه قد عول فى الأخذ بالصور الرسمية الشكاوى الإدارية المرفقة بها البلاغات الكتابية على عدم منازعة الطاعن فى مطابقة هذه الصور للأصل ، وكان الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بإنكار حجية تلك الصور ، فإن الحكم المطعون فيه إذا إعتمد على هذه الصور فى إستخلاص إقرار الطاعن بحق المطعون عليه

---

(١) عرف الأستاذ احمد نشأت المحرر الرسمى بأنه كل ورقة صادرة من موظف عمومى مختص بتحريرها من حيث مكان التحرير حسب القواعد الموضوعة لذلك – ثم خلص من ذلك التعريف إلى أن يشترط فى المحرر ليكون رسمياً ثلاثة شروط :

(أ) ان يكون التحرير بمعرفة موظف عمومى أو مأمور رسمى .

(ب) ان يكون هذا الموظف مختصاً من حيث نوع المحرر ومن حيث مكان التحرير.

(جـ) أن يكون التحرير بحسب القواعد الموضوعة لذلك (رسالة الإثبات ص٦٥ و٦٦).

(٢) أما الورقة العرفية فهى حجة بما ورد فيها جميعاً حتى يثبت العكس ، ويجوز دحض صحة محتواها كله ، لا فرق فى ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه ، وما قرر رواية عن الغير) نقض – جلسة ١٩٦٤/١/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – ص٦٦ ، ونقض – جلسة ١٩٦٥/١/١٤ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٥٧ وما بعدها .

لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور فى التسبيب (١) .

فدفتر الختام ليس من قبيل الأوراق الرسمية لا حجية له فى إثبات أن المنسوب إليه الختم المطعون فيه هو الذى طلب إلى الختام أن يصنعه (٢) .

إن الطلب الذى يقدم لمصلحة المساحة لمراجعة عقد من العقود أو إستمارة التغيير التى تحررها المساحة لا تعتبر أيهما من الأوراق المعدة لإثبات شخصية الموقعين عليها وليس من مهمة الموظف القائم بها إثبات هذه الشخصية ولا تكون هذه الأوراق حجة بما فيها إلا بالنسبة للبيان الفنى الذى تضمنته هذه الأوراق (٣) .

إن مناط رسمية الورقة أن يكون محررها موظفًا عموميًا مكلفًا بتحريرها بمقتضى وظيفته ، والموظف العمومى المشار إليه فى حكم المادتين ٢١١ ، ٢١٣ من قانون العقوبات هو كل من يعهد إليه بنصيب من السلطة يزاوله فى أداء العمل الذى نيط به أداؤه سواء كان هذا النصيب قد أسبغ عليه من السلطة التشريعية فى الدولة أو السلطة التنفيذية أو القضائية، يستوى فى ذلك أن يكون تابعًا مباشرة إلى تلك السلطات أو أن يكون موظفاً بمصلحة تابعة لإحداها (٤) .

إنه ليس بشرط إعتبار التزوير واقعًا فى محرر ، رسمى أن يكون هذا المحرر قد صدر عن موظف عمومى من أول الأمر ، فقد يكون عرفيًا فى أول الأمر ثم ينقلب إلى محرر رسمى بعد ذلك ، إذا ما تداخل فيه موظف عمومى فى حدود وظيفته . ففى هذه الحالة يعتبر التزوير واقعاً فى محرر رسمى بمجرد أن يكتسب المحرر الصفة الرسمية بتدخل الموظف وتنسحب

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - ١ - ص١١٥٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/٢ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ - قاعدة ١٠٠ - ص٣٨ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٥٥/٦/٢ - المرجع السابق - قاعدة ١٠١ - ص٣٨ .

(٤) نقض (جنائى) - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - جزئى - ص٥٥٩ .

رسـمـيتـه علـى مـا سـبق من الإجـراءات إذ العـبـرة بما يـؤول إليـه لا بما كـان عليه(١) .

حجية المحررات الرسمية :

٣١٤- والمحـررات الرسمـيـة حجـة على الناس كـافـة بما دون فـيهـا من أمـور قـام بهـا مـحـررهـا فـى حـدود مـهـمـتـه أو وقـعت من ذوى الـشـأن فـى حـضـوره مـا لم يتبين تزويرها بالطـرق المقـررة قـانونـاً (م١١ من قـانون الإثبات) .

وحجيـة الـورقة الرسـمية تقتصر علـى مـا ورد بها من بيـانات قام بهـا محررها فى حدود مهمته (٢) .

إن الطعن بـالتـزوير فـى العـقـد الرسـمى لا يكون إلا فى البـيـانات التى دونهـا به الموظـف المخـتـص بتـحـريره مـن الوقـائع أو الحـالات التى شـاهـد حصولها أو تلقاها عن العاقدين . فإذا كان العقد خاليًا من أى بيان عن حالة البائع العقلية فالـقول بأنه قـد تم أمام مـأمور العـقـود الرسمـية التى لا يقـبل تحريرها لو كان العاقد ذا غفلة أو مجنونًا وأنه لذلك لا يقبل الطعن فـيه من هذه الجهة إلا بالتزوير قول غير سديد (٣) .

وإذا كـان أصل المحـرر الرسـمـى موجـوداً فـإن صـورته الرسـمـيـة خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل .

وتعـتـبـر الصـورة مـطابقـة للأصل مـا لـم ينازع فـى ذلك أحـد الطرفين ، وفى هذه الحالة تراجع على الأصل (م١٢) (٤) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٨ ، ص٩٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٣ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص١١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٣٧/١١/١١ - مجموعة القواعد القانونية (٢٥عاماً) - جزء ١- قاعدة ٩٧ - ص٤٢١ .

(٤) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقًا على المادة ٣٩٢ مدنى الملغاة (المقابلة للمـادة ١٢ من قـانون الإثبـات) ، أن الأصل فى حـجـيـة الورقـة الرسـمـية أن تكـون قاصـرة على نسـخـتـها الأصـلية ، ويتـفـرع عن ذلك أن الصـور الخطية أو الشـمسـية والصور التنفيذية والصـور الأولى لا تكون بذاتها حـجة فى=

فإذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى كانت الصورة حجة على الوجه الآتى :

(أ) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل .

(ب) ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها .

(جـ) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الإستئناس تبعاً للظروف (م١٣) .

إن عدم منازعة الخصم فى مطابقة الصورة الشمسية – وهى صورة رسمية – لأصل ورقة الإعلان ، لا يعيب الحكم عدم إطلاع المحكمة على أصل الورقة وإكتفائها بهذه الصورة (١) .

إذا كان ما قدم لمحكمة الموضوع من أوراق لا يعدو أن يكون صوراً شمسية وخطية وغير رسمية بأنها لمكاتبات متبادلة ، وقد إعترض الخصم على صلاحيتها لإثبات محتواها ، كانت تلك الأوراق بحالتها ليست لها أى حجية لأن الأصل انه لا حجية لصور الأوراق الرسمية إلا إذا كانت هذه الصور بذاتها رسمية طبقًا لنص المادتين ١٢ ، ١٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (٢) .

=الإثبات مع أن موظفاً عاماً يستوثق من مطابقتها للأصل ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذى يعتبر فيه بمطابقتها للأصل ، كما أن إستحضار الأصل محل تقدير للقاضى ، وأن إنكار مطابقة الصورة للأصل يكفى للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار معززاً بدليل (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون – جزء ٣ – ص٣٦١) .

(١) نقض – جلسة ١٩٦١/٢/١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٢ – ص١٩٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢- مدنى وأحوال – ص٧٤٧ .

ثانيًا – المحررات العرفية :

٣١٥– يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

إن حجية الورقة العرفية إنما تستمد من شهادة الإمضاء الموقع به عليها (١) .

أما الوارث أو الخلف فلا يلطب منه الإنكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لايعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق .

ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع (م١٤) .

والعقد العرفى هو الذى يحرر طبقًا لما جرى عليه عرف الناس فى التعامل ، إذ لم يرسم له القانون المصرى شكلاً خاصاً ، سوى توقيع من صدر منه عليه ، سواء أكان عقداً تبادلياً ملزمًا لطرفيه ، أم عقداً صادراً من جانب واحد .

إن المادة ١/٣٩٤ مدنى (الملغاة والمقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات) إذ تقضى بإعتبار الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من إمضاء أو ختم أو بصمة ، فإنها تكون قد جعلت الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا أنكر ذات الإمضاء أو الختم الموقع به وكان لإنكاره صريحاً ، فإن هو إقتصر على إنكار المدون فى الورقة كله أو بعضه ، فإنه لا يكون قد أنكر الورقة العرفية بالمعنى المقصود فى هذه المادة ولا تتبع فى هذا الإنكار إجراءات تحقيق الخطوط وإنما تبقى للورقة قوتها الكاملة فى الإثبات حتى تتخذ بشأنها إجراءات الإدعاء والتزوير (٢) .

إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه إنتهى فى حدود سلطته

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٠/٥/٥ – المرجع السابق – السنة ٢١ – العدد ٢ – ص٨٩٦ وما بعدها.

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٤/٤ –المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٧٦٠ .

الموضوعية فى تقدير الدليل إلى أن مستنداً من المستندات لا يحتج به على المطعون عليه تأسيساً على أنه مجرد طلب لا يحمل توقيع ممثل المطعون عليه ، فإنه لا محل للتحدى بحجية هذا المستند كورقة رسمية أو عرفية للتدليل على أن المطعون عليه قد تنازل عن الدين موضوع الدعوى وأنه لم تعد له بالتالى صفة فى رفعها (١) .

ويشترط للإحتجاج بالكتابة أن تكون صادرة ممن وقعها أو من نائبه ، كما يشترط فى المحرر كى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون صادراً كذلك من الخصم المطلوب الإثبات عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته (٢) .

أن للبصمة فى نظر المشرع المصرى قوة الإمضاء ، فالتوقيع بالإمضاء على المحرر ممن صدر منه لا ينفى توقيعه عليها ببصمة الأصبع إذ قد يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة إلى الإمضاء تلبية لطلب الطرف الآخر الذى يقصد التحفظ من الطعون التى قد توجه فى المستقبل إلى صحة الإمضاء(٣).

إن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقاً لما تقضى به المادة ٢/٣٩٤ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات) (٤) .

الأصل هو أن لاحجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها فى الإثبات إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للإحتجاج بالصورة إذ هى لا تحمل توقيع من صدرت عنه (٥) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٧٢٠ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص١٧٩٠ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٦٢/١٠/٣١– مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – ص١٠٠٦.
(٤) نقض – جلسة ١٩٥٦/٥/٣ – المرجع السابق – السنة ٧ – ص٥٧٢ ، ونقض – جلسة ١٩٧١/٥/١٢ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – العدد٢ – ص٩٣٠ .
(٥) نقض – جلسة ١٩٥٦/٥/٢ – المرجع السابق ، السنة ٧ ، ص٥١١ ، ونقض – جلسة ١٩٧١/٥/١٣ ، المرجع السابق – السنة ٢٢ ، ص٦٣٠ ، ونقض – جلسة ١٩٧٢/٤/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٣ ، العدد ١ ، ص٧٧٤ .

تنص المادة ٣٩٤ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات) على أن تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، ومفاد ذلك أن الطعن بإنكار التوقيع على الورقة العرفية يجب أن يبدى فى صيغة صريحة جازمة تدل على إصرار المنكر على إنكاره [1] .

حجية المحررات العرفية :

٣١٦- لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت .

ويكون للمحرر تاريخ ثابت :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

(جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله فى جسمه .

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعًا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

ومع ذلك يجوز للقاضى تبعًا للظروف الا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات (م١٥).

فلا يكتسب العقد تاريخاً ثابتاً رسمياً إذا ذكره العاقدان وأوردا تاريخه وتفاصيله فى إنذارات رسمية تبادلاها وذلك من تاريخ تبادل الإنذارات [2] .

إن دلالة وجود أختام المتوفين بورقة على ثبوت هذه الورقة هى - من جهة ثبوت كون هذه الأختام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أم هى لم تجبر

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص٦٢٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٣٣/١/١٢- مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عامًا) جزء ١ - قاعدة ١١٢ - ص٣٩ .

فعلاً ثم إستعملت بعد الوفاة فى التوقيع على الورقة – مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع بحسب ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها(١).

إن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٥ مدنى ليست واردة بها على وجه الحصر . فإذا قدمت ورقة ما فى قضية وتناولتها المرافعة بالجلسة التى نظرت بها تلك القضية فهذا يكفى لإعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة (٢) .

لا حرج على المحكمة فى أن تحيل الدعوى إلى التحقيق للإستدلال على ثبوت التاريخ لعقد بوفاة أحد شهوده ما دام المتمسك به ضده لم ينكر توقيع هذا الشاهد المتوفى بل قرر أنه يجهل ذلك (٣) .

إن ورود المحرر العرفى فى محرر أخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت تاريخ المحرر الذى ورد فيه (٤) .

متى كان الحكم قد إنتهى فى تكييفه للمحرر إلى أنه إقرار لا مخالصة بناء على الإعتبارات السائغة التى أوردها ، وإلى أن هذا الإقرار لا يكون حجة على الغير إلا بثبوت تاريخه ، فإنه لا تجوز المجادلة فى هذا التكييف ، والقول بأن المحرر مخالصة يجوز إعفاؤها من قيد ثبوت التاريخ ، لأنه سواء إعتبرته المحكمة إقراراً يتحتم ثبوت تاريخه لإمكان نفاذه فى حق الغير أو إعتبرته مخالصة ولكنها لم تر بما لها من خبرة – من ظروف الدعوى – ما يدعو إلى إعفائها من شروط ثبوت التاريخ فلا معقب على تقريرها لأن ذلك مما يستقل به قاضى الدعوى ، ولا سبيل إليه لدى محكمة النقض (٥) .

٣١٧– ويكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الإثبات (٦) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٣٣/١/٤ – المرجع السابق – قاعدة ١٠٣ ص٣٩ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠ – المرجع السابق – قاعدة ١٠٤ – ص٣٩ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٣٨/١٠/١٠ – المرجع السابق – قاعدة ١٠٥ – ص٣٩ .
(٤) نقض – جلسة ١٩٥٠/٤/٦ – المرجع السابق – قاعدة ١٠٦ – ص٣٩ .
(٥) نقض – جلسة ١٩٥٥/١٢/٨ – المرجع السابق – قاعدة ١٩٠ – ص٢٨٩ .
(٦) نقض – جلسة ١٩٦٦/١/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – العدد ١– ص٧١ .

وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلى لمجرد الإستئناس «م١٦»(١) .

ولا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين :

١- إذا ذكر فيها صراحة أنه إستوفى ديناً .

٢- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته « م١٨ » .

والدفاتر والأوراق المنزلية هى المحررات الخاصة كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات (٢) .

والتأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعًا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته .

وكذلك يكون الحكم إذا أثبته الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين «م١٩» .

---

(١) وقد قضى بأنه يشترط لكى تكون للبرقية قيمة الورقة العرفية فى الإثبات أن يكون أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، فإذا كان الأصل لا يحمل توقيع المرسل أو من له صفة النيابة عنه فى إرسالها ، فلا تكون للبرقية قيمة فى الإثبات (نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ٢- ص١٠١٧) . ونقض - جلسة ١٩٦٩/١/١١ - المرجع السابق - السنة ١٢ - العدد ١- ص٢٧١ .

(٢) تراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - للقانون المدنى - جزء ٣ - ص٢٨٥ - فى التعليق على نص المادة ٣٩٨ مدنى الملغاة والمقابلة للمادة ١٨ من قانون الإثبات .

الفصل الثانى

إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده ، وعرضه

الإلزام بتقديم محرر :

٣١٨- بينت المادة ٢٠ من قانون الإثبات الحالات الجائز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ، إذ قالت .

« يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده :

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو بتسليمه .

(ب) إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان محرراً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتًا لإلتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .

(جـ) إذا إستند إليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى .

إن المادة ٢٥٣ مرافعات « ملغى والمقابلة للمادة ٢٠ من قانون الإثبات» قد بينت على سبيل الحصر الحالات التى يجوز فيها للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده . وإذن فمتى كانت المذكرة أو المكاتبات التى طلب الطاعن إلزام المطعون عليها بتقديمها لا تندرج تحت أية حالة من هذه الحالات ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض إجابة طلب الطاعن لا يكون قد خالف القانون أو عاره قصور (١) .

متى كانت المحكمة إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفاته بالأجرة التى إدعى أنه قام بدفعها قد قررت بالأدلة المبررة التى أوردتها وبما لها من سلطة التقدير الموضوعية فى هذا الخصوص أن طلبه غير جدى ، فإن النعى عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦١/٤/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٢ – ص٤٠٤ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٥٢/٢/١١ ، المرجع السابق ، السنة ٤ – ص١٨٣ .

إن طلب إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى إذا توافرت إحدى الحالات الثلاث الواردة فى المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات بإعتباره طلباً متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لقاضى الموضوع فلمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية متى كونت عقيدتها فى الدعوى من الأدلة التى إطمأنت لها (١) .

إن تقرير المحكمة إلزام الخصم بتقديم ورقة معينة تكون تحت يده يعتبر من إجراءات الإثبات التى يجوز للمحكمة طبقاً للمادة ١٦٥ مرافعات (ملغى) أن تعدل عنها بشرط أن تبين سبب هذا العدول (٢) .

ويجب أن يبين فى هذا الطلب :

(أ) أوصاف المحرر الذى يعنيه .

(ب) فحوى المحرر – بقدر ما يمكن من التفصيل .

(جـ) الواقعة التى يستند به عليها .

(د) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم .

(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه « م٢١» .

ولا يقبل الطلب إذا لم تراع أحكام المادتين السابقتين « م٢٢» وإذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال إلى أقرب موعد تحدده .

وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يميناً « بأن المحرر لا وجود له أو لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الإستدلال » (م٢٣) .

وإذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو إمتنع عن حلف اليمين المذكورة أعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله يتعلق بشكله وموضوعه (م٢٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦١/٣/٩ ، المرجع السابق – السنة ١٢ ، ص٢١٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠ ، المرجع السابق ، السنة ١٥ ، ص٢٤٤ ، ونقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ ، المرجع السابق ، السنة ٢١ ، ص١٢٦٣ .

متى كان المدعى قد طالب بإلزام المدعى عليه بتقديم العقد الذى تحت يده بإعتباره ورقة مشتركة بينهما فكلفت المحكمة هذا الأخير بتقديمه فلم يقدمه وكان المشرع قد رتب فى المادة ٢٥٧ مرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٢٤ من قانون الإثبات) على عدم تقديم الخصم الورقة إعتبار الصورة التى قدمها خصمه لهذه الورقة صحيحة مطابقة لأصلها ، فإذا لم يقدم الخصم هذه الصورة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها وذلك فى حق خصمه الممتنع . ولما كان المدعى لم يقدم من جانبه صورة العقد ، وكان مؤدى ذلك انه يجوز للمحكمة أن تأخذ أو لا تأخذ بما قاله المدعى من أن العقد لم يعلق على شرط ، فإن المحكمة إذا رأت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صحة قوله ، فلا تثريب عليها فى ذلك(١) .

وإذا قدم الخصم محرراً للإستدلال به فى الدعوى فلا يجوز سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل (م٢٥) .

ويجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الإستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة (م٢٦) .

الإلزام بعرض الشئ :

٣١٨مكرر - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه .

فإذا كان الأمر متعلقًا بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ولو كان ذلك فى مصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له .

على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الإمتناع عن عرضه .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص١٣٥٩.

ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدمًا ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض « م٢٧ » (١) .

ونص المادة ٢٧ من قانون الإثبات نص مستحدث يتيح العمل على حسم المنازعات ، ويبتعد بالمنازعة أمام القضاء عن مجال المبارزة واللدد .

ويقتضي ترتيب الإلتزام الذي قرره النص إجتماع شروط ثلاثة :

أولها – أن يدعي شخص بحق شخصي أو عيني يتعلق بشيء .

وثانيها – أن يكون هذا الشيء في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز سواء أكان هذا الشخص خصمًا في الدعوى أو لم يكن خصمًا فيها .

وثالثها – أن يكون فحص هذا الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ويرجع تقدير هذا الضرر إلى القاضي (٢) .

فإذا إجتمعت الشروط الثلاثة المتقدمة ، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو بسبب قوي للإمتناع كالحرص على حرمة سر عائلي مثلاً ، والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء ، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه ، كما يجوز إلزامه بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض(٣) .

---

(١) ويقدم الطلب بإدخال الغير ممن يستفيد من الورقة من طرفي الخصومة ، ومتى ادخل الغير في الدعوى أصبح خصمًا فيها ، وأصبح للمحكمة قبله سلطة الحكم عليه بالغرامة إذا إمتنع عن الإمتثال لأمرها عملاً بالقواعد العامة في هذا الخصوص فضلاً عن حق الخصم الذي أضر به قبل الغير في أن يرجع عليه بالتعويض (قواعد المرافعات– للأستاذ محمد وعبد الوهاب العشماوي– جزء ٢– ص٥٣٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن الإثبات في صدد المادة المستحدثة رقم ٢٧ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات .

الفصل الثالث

إثبات صحة المحررات

٣١٩- للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من إسقاط قيمته فى الإثبات أو إنقاصها .

وإذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه (م٢٨) .

إن إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية . أما إدعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية (م٢٩) .

إنه لا يتعين على منكر التوقيع بالختم أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير إلا إذا أقر بصحة الختم أو ثبت للمحكمة صحته من الأدلة التى قدمها المتمسك بالورقة ، فإذا لم تتوافر إحدى هاتين الحالتين كان الطعن بالإنكار جائزاً وكان للمحكمة أن تفصل فيه وفقاً للمادة ٢٦٢ مرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٣٠ من قانون الإثبات) التى تجيز الإحالة إلى التحقيق بالمضاهاة أو بشهادة الشهود ، كما لها ألا تسلك أحد هذين الطريقتين وأن تقضى بعدم صحة الورقة إذا ثبت لها مما تقدم إليها من أدلة أنها غير صحيحة وإنها لم تصدر ممن نسبت إليه (١) .

إن المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٣٨ من قانون الإثبات) التى أجازت للمحكمة سماع شهادة الشهود على حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم على الورقة المقتضى تحقيقها لا ترى إلا إلى إثبات الإمضاء أو الختم المذكورة بصمته لا إلى إثبات التوقيع بعد الإعتراف

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ ص٦٣٢ .

بالختم وهذا ظاهر من مقارنة مواد الباب الواردة هى فيه بعضها ببعض(١).

إن القانون فى باب تحقيق الخطوط لا يعرف إلا إنكار الختم ذاته فمن يعترف بالختم ولكن ينكر التوقيع به لا يقبل منه هذا الإنكار بل عليه أن يدعى بالتزوير فى الورقة ويقيم هو الدليل عليه (٢) .

ما حكم الإدعاء بالتزوير بعد الإنكار:

٣٢٠- إذا كان المدعى قد دفع بالإنكار ثم عاد إلى الطعن بالتزوير ، فهل ذلك جائز فى مفهوم المادة ٤٩ إثبات ؟ ثار خلاف .

فذهب **رأى الأغلبية** إلى جواز الطعن بالتزوير بعد حصول الإنكار فى جميع الأحوال .

بينما ذهب **رأى آخر** إلى أنه لا معنى لإباحة الطعن بالتزوير بعد حصول الإنكار ، إذ يكون فى ذلك إعادة للتحقيق فى أمر قد فصل فيه القضاء حاز قوة الشىء المحكوم فيه .

وذهب **رأى ثالث** إلى أنه لا معنى لإباحة الطعن بالتزوير إلا إذا تناول الطعن وقائع جديدة لم يتناولها التحقيق الذى حصل عند الإنكار .

وذهب **رأى رابع** إلى أن حصول الإنكار أو سلوك الإدعاء بالتزوير لا يعدو أيهما أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى ، فالسير فى تحقيقه لا يكون إلا من قبيل تمحيص الدليل المطروح على المحكمة ، فلها أن تأخذ بهذا الدليل أو بذلك إذا ما أطمأنت وإقتنعت به ، ومن ثم فلا ضرر على ذى الشأن من أن يسلك طريق الإدعاء بالتزوير بعد حصول الإنكار ما دام أن المحكمة لم تحسم النزاع والحلف الذى حصل بشأنه الإنكار أو الإدعاء بالتزوير . أما إذا كانت قد حسمت النزاع الذى ثار بين الخصوم بشأن الورقة المطعون فيها بالإنكار أو التجهيل بأن قضت بصحتها أو بعدم صحتها ، فقد حاز قضاؤها هذا قوة الشىء المحكوم فيه ويخرج من ولايتها

---

(١) نقض - جلسة ١٩٣٨/٢/٣ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ - قاعدة ٣ - ص٣٠٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٣٥/٤/٢٥ ، المرجع السابق ، قاعدة ٦ ص٣٠٧ .

بمجرد النطق بالحكم ، ما لم يتناول الطعن بالتزوير وقائع جديدة (١) .

من المقرر في قضاء النقض أن المحكمة عند قضائها بعدم قبول الادعاء بالإنكار - والدفع بالجهالة صورة منه - أن لا تقضى في موضوع الدعوى ، بل يجب عليها أن تجعل حكمها مقصوراً على الدفع حتى لا يفوت على صاحب المصلحة من الخصوم سلوك طريق الإدعاء بالتزوير إذا أراد (٢) .

---

(١) انظر في مختلف هذه الآراء : الوسيط - ٢ - للسنهوري - طبعة ١٩٥٦ - ص٢٩٣ . وله : الوجيز - ص٩٥ . والمرافعات - لعبد الحميد أبو هيف - ص٥٢١ . ورسالة الإثبات - لأحمد نشأت - طبعة ٥ ص٢١٢ . والمجموعة الرسمية - السنة ٦١ - ص٤٢٦ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - م.م.ف - ٢٤-١-٣٣٢ ونقض - جلسة ٢١-٣-١٩٧٢ - المرجع السابق - ٢٣-١-٤٣٩ ونقض - جلسة ١٩٦٥/١١/١٨ - المرجع السابق - ١٧-٤-١١٠٥ - ونقض - جلسة ١٩٣٦/١١/١٩ . م.ق.ق - ٢٥ عاماً - قاعدة ١٣ - ٢٨٠ .

الفصل الرابع

إنكار الخط والإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وتحقيق الخطوط

٣٢١- إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان المحرر منتجًا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة إصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو لكليهما (م٣٠) .

قاضى الموضوع - على ما يستفاد من المادة ٣٦٢ مرافعات (ملغى) - غير ملزم فى حالة إنكار التوقيع على الورقة العرفية بإجراء التحقيق المشار إليه فى هذه المادة بل له إذا رأى من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لإقناعه بأن التوقيع المذكور صحيح أن يرد على المنكر إنكاره ويأخذ بالورقة من غير إجراء هذا التحقيق لأن الغرض من هذا الإجراء هو إقناع المحكمة برأى ترتاح إليه فى حكمها ، فإذا كان هذا الإقتناع موجوداً بدونه فلا لزوم له (١) .

لم ينظم المشرع - سواء فى قانون الإجراءات الجنائية أو فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - المضاهاة فى نصوص آمرة يترتب على مخالفتها بالبطلان (٢) .

لا تلزم المحكمة عند إنكار التوقيع على الورقة العرفية بالسير فى إجراءات التحقيق وإنما يجوز لها الا تعتد بهذا الإنكار إذا وجدت فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها بإعتبار أن إنكار التوقيع منازعة غير جدية (٣) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/١/١٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص٥٧ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٧ جنائى - ص٧٩٤ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٤/٤ - المرجع السابق - السنة ١٨ ص٧٦٠ .

قاضى الموضوع غير ملزم فى حالة إنكار التوقيع على الورقة العرفية من المنسوب إليه التوقيع أو إنكار خلفه ذلك أو طعنه عليها بالجهالة بإجراء التحقيق المشار إليه فى هذه المادة ، بل إن له إذا رأى فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لإقناعه بأن التوقيع المذكور صحيح ، أن يرد المنكر إنكاره وعلى مدعى الجهالة إدعاؤه ويأخذ بالورقة من غير إجراء هذا التحقيق (١) .

قاضى الموضوع غير ملزم بالإلتجاء إلى تحقيق الخطوط بطريق المضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما إلا إذا لم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدته للقاضى أن يحكم بصحة الورقة أو بردها وبطلانها ، بشرط بيان الظروف أو القرائن التى إستند إليها ، وله الإعتماد على المضاهاة التى يجريها بنفسه دون أن يتقيد بأوراق المضاهاة المنصوص عليها فى المادة ٢٦٩ مرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٢٧ من قانون الإثبات(٢) .

ويحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب (م٣١) .

إنه وإن كانت المادة ٢٦٣ مرافعات (ملغى المقابلة للمادة ٣١ من قانون الإثبات) تنص على أنه يجب على رئيس المحكمة أن يوقع على الورقة المطعون عليها بالإنكار ، إلا أن إغفال هذا الإجراء لا يترتب عليه البطلان إذ لم تقرر المادة المذكورة البطلان جزاء على المخالفة (٣) .

ويشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق .

(ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء .

(جـ) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ – المرجع السابق – السنة ١٨ ص١١٣٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٨ – ص١٦٩٦ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٨/٦/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٩ – ص٦٣٢ .

(د) الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة (م٣٢) .

ويكلف قلم الكتاب الخبير بالحضور أمام القاضى فى اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق (م٣٣) .

وعلى الخصوم أن يحضروا فى الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والإتفاق على ما يصلح منها لذلك ، فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات . وإذا تخلف خصمه جاز إعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها (م٣٤) .

وللمدعى عليه بالتزوير أن يقدم إلى المحكمة الأوراق التى يرى إجراء المضاهاة عليها ، ولكن ليست المحكمة ملزمة بأن تطلب إليها شيئاً منها ، وذلك تعريفاً عن الأصل القاضى بأن إحالة الدعوى إلى التحقيق بالمضاهاة أو شهادة الشهود إنما محلها إذا لم تقتنع المحكمة من وقائع الدعوى ومستنداتها برأى فى شأن الورقة المطعون فيها التزوير ، ومن ثم فإنه يكون فى غير محله النعى على الحكم المطعون فيه بالمخالفة للقانون والإخلال بحق الطاعن فى الدفاع إذا لم تطلب منه المحكمة أوراقاً لإجراء المضاهاة مكتفية بما قدمه المطعون عليه من هذه الأوراق (١) .

وعلى الخصم الذى ينازع فى صحة المحرر أن يحضر بنفسه للإستكتاب فى الموعد الذى يعينه القاضى لذلك فإن إمتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر (م٣٥) .

قواعد وإجراءات المضاهاة :

٣٢٢- تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الذى حصل إنكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع (م٣٦) .

ولا تقبل للمضاهاة فى حالة عدم إتفاق الخصوم إلا :

(أ) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محررات رسمية .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٢/٢/١٤ - المرجع السابق - السنة ٣ - ص٩٤٣ .

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه .

(جـ) خطه أو إمضاؤه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه (م٢٧) .

وهذه المادة تقابل المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى .

إن القاعدة بشأن بيان الأوراق التى تصبح المضاهاة عليها هى قاعدة أساسية تجب مراعاتها فى التحقيقات الجنائية كما تجب مراعاتها فى التحقيقات المدنية ولا يصح التوسع فيها ولا القياس عليها . على أنه إذا كانت المحكمة لا تملك إجراء المضاهاة على ورقة غير مستوفاه للشروط المنصوص عليها فى تلك المادة ، فإن لها بمقتضى حقها المطلق فى تكوين إعتقادها من أية ورقة تقدم فى الدعوى أن تعتمد فى تقديرها الموضوعى على مثل تلك الورقة (١) .

وإذا ندبت المحكمة خبيراً لإجراء المضاهاة على بعض أوراق معينة قضت بقبولها للمضاهاة فقصرت المضاهاة على بعض هذه الأوراق دون بعض ثم سايرت المحكمة – وهى بسبيل إجراء المضاهاة بنفسها – الخبير فى إستبعادها من إستبعده من الأوراق دون إبداء أسباب لذلك مع كون الأوراق المستبعدة من الأوراق المقبولة قانوناً ، ومع كون الحكم الصادر بندب الخبير لإجراء المضاهاة على تلك الأوراق واجب التنفيذ فحكمها المقام على أساس هذه المضاهاة قد يكون مشوباً ببطلان جوهرى (٢) .

ويجب بحسب الأصل أن تكون الأوراق التى تحصل المضاهاة عليها فى التقرير رسمية أو معترفًا بها . فإذا كان عقد الإيجار الذى أجرى الخبير المضاهاة عليه لا يوجد فى أوراق الدعوى ما يدل على الإعتراف به فإن

---

(١) نقض – جلسة ١٩٣٤/١١/٢٦ – جنائى – مجموعة القواعد القانونية – للأستاذ محمود عمر – جزء ٣ قاعدة ٢٩١ – ص٣٩٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٤٨/٣/٢٥ – مدنى – المرجع السابق – جزء ٥ – قاعدة ٨٩ – ص٥٦٨ .

الحكم الذى يعتمد فى قضائه على تقرير الخبير الذى أقيم على هذه العملية يكون معيباً (١) .

إنه وإن كان للمحكمة أن تطرح ما يقدم لها من أوراق المضاهاة ولو كانت أوراقًا رسمية . إلا انه يشترط أن تكون الأسباب التى تستند إليها المحكمة فى إستعمال هذا الحق سائغة ومن شأنها أن تؤدى إلى ما إنتهت إليه وتكفى لحمل قضائها فى هذا الشأن (٢) .

إن مؤدى نص المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات أنه يجب أن تكون الأوراق التى تحصل المضاهاة عليها فى التزوير أوراقاً رسمية أو عرفية معترفاً بها أو تم إستكتابها أمام القاضى - ولما كان صدور أمر أداء بموجب سند إذنى لا يضفى على هذا السند صفة الرسمية ولا يعد عدم الطعن على الأمر المذكور إعترافاً من المدين بصحة التوقيع على السند . وكان الثابت أن الطاعن المذكور ومن قبله مورثه (المدين) قد تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم جواز إجراء المضاهاة على هذا السند الصادر به أمر الأداء فإلتفتت المحكمة عن هذا الدفاع فإنها تكون قد خالفت القانون (٣) .

إن المحكمة غير ملزمة بأن تقبل للمضاهاة كل ورقة رسمية لم يثبت تزويرها متى وجدت فى بعض الأوراق الصالحة للمضاهاة ما يكفى لإجرائها . إن مناط قبول الأوراق العرفية للمضاهاة أن يحصل إتفاق الخصوم عليها (٤) .

ويجوز للقاضى أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى يكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للإطلاع عليها بغير نقلها (م٣٨) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٤٩/٣/٢٢ - جنائى - المرجع السابق - جزء ٧ - قاعدة ٨٤٢- ص٨٠٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٣/١٠/٣١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدنى العدد ٣- ص١٦٠٠ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - العدد ٣ مدنى - ص٣١٠٠ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٨/٩/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص٥٩٩ .

فى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصورة التى تنسخ منها مقام الأصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتدب والكاتب والموظف الذى سلم الأصل ، ومتى أعيد الأصل إلى محله ترد الصورة المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ويصير إلغاؤها (م٣٩) .

ويوقع الخصوم والخبير والقاضى والكاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع فى التحقيق ، ويذكر ذلك فى المحضر (م٤٠) .

وتراعى فيما يتعلق بأولى الخبرة القواعد المقررة فى الفصل المتعلق بالخبرة (م٤١) .

ولا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت إليه .

وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الفصل الخاص بشهادة الشهود (م٤٢) .

ولا يجوز عند إنكار التوقيع سماع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات واقعة التوقيع دون إثبات الدين أو التخالص المدون بهذه الورقة . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أقيم على خلاف ذلك فإنه يكون قد خالف القانون مخالفة تستوجب نقضه (١) .

وإذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكر بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهاً ولا تجاوز خمسين جنيهاً (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٣/٦/٢٠ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – جزء ١– ص٣٠٦ . ونقض – جلسة ١٩٦٧/٤/٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص٧٦٠ .

(٢) إن الحكم بالغرامة لا يوقع بحسب نص المادة ١٧٥ مرافعات (ملغى) إلا إذا حكمت المحكمة بصحة الورقة . والحكم بصحتها يقع فى صورة عدم قبول الدفع بإنكار التوقيع بالختم مع الإعتراف به ، وإذن فالغرامة لا يمكن توقيعها فى تلك الصورة لإنتفاء شكل توقيعها . فإذا قضت محكمة الموضوع بصحة إيصال منكور التوقيع عليه بالختم المعترف به . وقضت بالغرامة كان قضاؤها فى ذاته مخالفاً للقانون (نقض – جلسة ١٩٣٥/٤/٢٥ – مجموعة القواعد القانونية – فى ٢٥ عاماً – الجزء ١ – ص٣٠٩) .

وإذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة (م١٤) .

تنص المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات (الملغاة والمطابقة للمادة ٤٤ من قانون الإثبات على أنه إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحتها أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة ، ومفاد ذلك إنه لا يجوز الحكم بتزوير الورقة وفى الموضوع معًا ، بل يجب أن يكون القضاء بالتزوير سابقًا على الحكم موضوع الدعوى وذلك حتى لا يحرم الخصم الذى تمسك بالورقة التى قضى بتزويرها من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لإثبات ما أراد إثباته بتلك الورقة (١) .

ويجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الإلتزام الوارد به غير مستحق الأداء ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة (م٤٥) .

والدعوى التى أشارت إليها تلك المادة هى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية (٢) .

وإذا حضر المدعى عليه وأقر ، أثبتت المحكمة إقراره وتكون جميع المصروفات على المدعى ، ويعتبر المحرر معترفًا به إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكر أو لم ينسبه إلى سواه (م٤٦) .

وإذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى غيبته بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع ، ويجوز إستئناف هذا الحكم فى جميع الحالات .

---

(١) نقض – جلسة ١٨/٤/١٩٦٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٦ .

(٢) يراجع فى صدد أحكام وقواعد تلك الدعوى : قواعد المرافعات للأستاذين محمد عبد الوهاب العشماوى – جزء ٢ – ص٤٩٦ – والمرافعات المدنية – للدكتور أحمد أبو الوفا – الطبعة ٧ – ص٨١٩ (م ٤٧) .

وإذا أنكر المدعى عليه الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع فيجرى التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة (م٤٨) .

أحكام دعوى التزوير الأصلية وإجراءات رفعها :

٣٢٣- يجيز القانون - بنص المادة ٥٩ إثبات - لمن يدعى التزوير أن يرفع دعوى تزوير أصلية فى مواجهة من يتمسك بالورقة ، وصورة هذه الدعوى ، أن يعلم شخص أن بيد أخر ورقة مزورة ، سواء أكانت رسمية أو عرفية ويخشى الإحتجاج عليه بهذه الورقة ، فيرفع دعوى أصلية على من بيده الورقة بالطرق المعتادة لرفع الدعاوى يطلب فيها الحكم بتزوير الورقة ويقوم المدعى بإثبات تزويرها طبقًا للأوضاع التى نص عليها القانون لإثبات صحة الأوراق ، وتراعى المحكمة فى هذه الدعوى وفى الحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى شأن الإدعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر ما تتفق والعمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوى الأصلية ، وعلى ذلك فلا يشترط فى هذه الدعوى التقرير بالطعن بالتزوير فى قلم الكتاب ولا إعلان مذكرة شواهد التزوير ، لأنهما يتنافيان مع طبيعتها وكونها دعوى مبتدأة، إذ أن ما تضمنته صحيفة الدعوى من بيانات نصت عليها المادة ٦٣ مرافعات تغنى عن التقرير بالطعن بالتزوير وعن مذكرة شواهد التزوير ، ذلك أن فى ذكر وقائع الدعوى ، وطلبات المدعى اما يبين مواضع التزوير والشواهد عليه وطريقة تحقيقها . ولا يجوز الإلتجاء إلى دعوى التزوير الأصلية ، إلا إذا لم يحصل بعد الإحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها فى نزاع قائم أمام القضاء ، إذ يبغى فى الحالة الأخيرة بدلاً من الإدعاء أصليًا بالتزوير أن يسلك طريق الإدعاء بالتزوير كوسيلة دفاع (١) .

ويرفع مدعى التزوير هذه الدعوى الأصلية قبل أن يتمسك بالورقة فى مواجهته ، وتقصر مهمة المحكمة على القضاء بصحة الورقة أو تزويرها(٢). وعلى المحكمة أن تراعى فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها قواعد الإدعاء بالتزوير التى سنتناولها - لاحقاً - فى الفصل الخامس .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - العدد ٣- ص١٠٠٩ وما بعدها .

(٢) المرافعات المدنية - للدكتور احمد أبو الوفا - طبعة ٨ ، ١٩٦٥ - ٧٩٥ - والطبعة =

الفصل الخامس

الإدعاء بالتزوير

٣٢٤- يكون الإدعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب ، وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان باطلاً .

ذلك سبيل يجب على مدعى التزوير أن يسلكه (١) .

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته بها ، وإلا جاز الحكم بسقوط إدعائه (م٤٩) .

والإدعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التى نص عليها القانون لإثبات عدم صحة الأوراق رسمية كانت أو عرفية .

وثمة شبه بين الإدعاء بالتزوير والطعن بالإنكار ، مؤداه أنه كلاهما وسيلة لمعرفة إن كانت الورقة المتقدمة فى القضية صحيحة أو غير صحيحة، كما أن طرق الإثبات فى كليهما واحدة .

بيد أن تحقيق الخطوط يرد على الأوراق العرفية وحدها ، على حين أن الإدعاء بالتزوير يرد على الأوراق الرسمية والعرفية على سواء .

وشواهد التزوير هى كل ما يستند إليه مدعى التزوير من وقائع وقرائن وأمارات وظروف منها ما كان سبيل إثباته شهادة الشهود ، أو تحقيق الخبراء ، ومنها ما كان من قبيل القرائن المستفادة من

=١١ - ١٩٧٥ . ومبادىء قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص٤٦٦ .

(١) نقض - جلسة ٢٣/٤/١٩٧٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - العدد ٢ - ص٦٧٧ - ومبادىء قانون القضاء المدنى - المرجع السابق - ص٤٦٥ وما بعدها .

الوقائع الثابتة فى الدعوى (١) .

وقد إجتمعت كلمة الفقهاء على أن طرق التزوير التى نص عليها القانون واردة على سبيل الحصر (٢) .

إلا إنهم إختلفوا فيما إذا كان يجوز الطعن بالتزوير فى التوقيع بعد سابقة الإنكار والتحقيق الذى إنتهى إلى الحكم بصحة التوقيع ، أم أن ذلك غير جائز .

فذهب رأى إلى جواز الطعن بالتزوير بعد حصول الإنكار وفى جميع الأحوال (٣) .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن ذلك غير جائز قولاً بأن فى قبول إعادة للتحقيق فى أمر سبق الفصل فيه وحاز قوة الشئ المقضى .

بينما ذهب رأى ثالث إلى القول بإباحة الطعن بالتزوير إذا كان يتناول وقائع جديدة لم يسبق أن تناولها التحقيق الذى جرى عند الإنكار .

وذهب رأى رابع إلى القول بأن حصول الإنكار أو سلوك طريق الإدعاء بالتزوير لا يعدو أى منهما أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى.

ولكن الرأى الأول هو الراجح :

إن الإدعاء بتزوير الأوراق المقدمة فى الدعوى يجوز إبداؤه أثناء قيامها أمام محكمة الإستئناف ، ذلك أن الطعن بالتزوير جائز بطلب عارض فى أية حالة تكون عليها الدعوى الأصلية ، وقيام الخصومة أمام محكمة الإستئناف إن هو إلا حالة من الحالات التى تكون عليها الدعوى وليس فى ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضى على أحد من أصحاب الشأن إذ مسألة التزوير ليست فى حقيقتها إلا دفاعًا موضوعيًا منصباً على مستندات الدعوى

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فى شأن المادة المقابلة رقم ٢٨١ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٣٤/١/١٥ – مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر – جزء ٣– ص٢٥٦ .

(٣) الوسيط – جزء ٢ – للدكتور السنهورى – ص٢٩٣ – والمرافعات – للأستاذ المرحوم عبد الحميد أبو هيف – رقم ٨٦٣ – هامش ص٥٢١ .

وليست من قبيل الطلبات الجديدة التى يمنع تقديمها لأول مرة فى الإستئناف (١) .

إذا كان الطاعن قد طلب فى مذكرته الأخيرة بعد حجز القضية للحكم إعادة الدعوى إلى المرافعة ليقرر الطعن بالتزوير فى محضر إعلان باشره المحضر ورفضت المحكمة الإستجابة لهذا الطلب إستناداً إلى أنه قد مضت مدة سنة من تاريخ رفض معارضته فى الحكم الغيابى دون أن يقرر بالتزوير وإستخلصت من ذلك أنه طلب كيدى يبغى من ورائه إطالة أمد التقاضى فإنها لا تكون قد أخلت بحقه فى الدفاع (٢) .

وإن كان مدعى التزوير حين طعن بالتزوير على المحرر قرر بقلم الكتاب أن الإمضاء الموقع به على هذا المحرر والمنسوب إليه ليس بخطه فإن فى ذلك ما يكفى للإبانة عن موضع التزوير المدعى به من المحرر ويكون تقرير الطعن على هذه الصورة محدداً به موضع التزوير المدعى – إن عدم بيان إجراءات التحقيق التى يطلب إثبات التزوير بها فى مذكرة شواهد التزوير لا يترتب عليه البطلان بل سقوط الإدعاء بالتزوير وهو أمر جوازى للمحكمة فلا تثريب عليها إن هى لم تحكم به (٣) .

وعلى مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون عليه إن كان تحت يده – أو صورته المعلنة إليه – فإن كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب (م٥٠) .

وإذ كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد إطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم ذلك المحرر أو بضبطه وإيداعه قلم الكتاب فإذا إمتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه أعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن (م٥١) .

فإذا رفعت دعوى تزوير أصلية بطلب الحكم برد وبطلان سند ولم

---

(١) نقض – جلسة ١٩٤٧/١١/٦ – مجموعة القواعد القانونية – لمحمود عمر – جزء ٥ – قاعدة ٢٢٧ – ص٤٧٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٣/٤/٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – ص٨٠ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٤/١١/٢٢ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص٩٨٧ .

يكن المحرر تحت يد مدعى التزوير وإمتنع المدعى عليه فى الإدعاء بالتزوير عن تقديم السند المدعى بتزويره وتعذر على المحكمة ضبطه تعين عليها أن تقضى فى دعوى التزوير الأصلية بإنتهاء الدعوى . أما إذا كان الإدعاء بالتزوير فرعياً وكان السند غير مرفق بملف الدعوى كما إذا كان المدعى عليه بالتزوير قد تمكن من سحبه من ملف الدعوى قبل الإدعاء بالتزوير ولم تتمكن المحكمة من ضبطه كان على المحكمة أن تعتبر السند غير موجود ، وتمضى فى نظر الدعوى على هذا الأساس أى دون ما إعتداد بما ورد فى المحرر ، وهذه القواعد تختلف تماماً عن القواعد المنصوص عليها فى القانون الجزائى إذ أن سحب الورقة أو فقدها أو إنعدامها لأى سبب كان لا يمنع المحكمة من أن تعرض لأدلة التزوير التى قدمها مدعى التزوير وتحققها تقول كلمتها فيها بناء على ما يظهر لها ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بالبراءة على أساس أن السند غير موجود . كما أن لها أن تأخذ بالصورة الشمسية للورقة كدليل فى الدعوى إذا ما إطمأنت إلى صحتها(١).

وإذا كان الإدعاء بالتزوير منتجًا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن إجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته وجائز أمرت بالتحقيق (م٥٢) .

إن دعوى التزوير يجب حتماً أن تمر على مرحلتين : الأولى – مرحلة تحقيق الأدلة ، والثانية – مرحلة الفصل فى الدعوى ، إذ هذا إنما يتحقق عملاً فى حالة ما إذا رأت من عناصر الدعوى ما يدحضها دون حاجة إلى تحقيقها . كان لها من البداية أن تقضى برفض دعوى التزوير وصحة السند (٢) .

إنه لما كان الإثبات بكل الطرق جائزاً فى دعوى التزوير كان لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت التزوير . وإذن

---

(١) نقض – جنائى – جلسة ١٩٦٤/١١/٢٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – ص٦٩٧ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥١/٣/١٨ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – جزء ١ – قاعدة ٢٤ – ص٤١١ .

فلا على المحكمة أن عجز المدعى بالتزوير عن إثباته بالبينة إن هى إطمأنت إلى ثبوته من القرائن ما دامت مؤدية إلى ما إستخلصته منها (١) .

إن المستفاد من نصوص قانون المرافعات أن أدلة التزوير التى عنتها هى الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة فى إثبات دعوى التزوير . أما قرائن الحال والأمارات التى لا تقوم على وقائع يتدافعها الخصوم إثباتاً ونفياً فهى إن كانت تصح حجة على التزوير إلا أنها لا تعتبر أدلة بالمعنى السالف بيانه ، فما يرد منها بين أدلة التزوير لا يجرى عليه ما يجرى على هذه الأدلة ، ولا يجوز أن يكون محلاً لحكم من القاضى بقبول أو رفض ، بل يجب أن يرجئ النظر فيه إلى حين الفصل فى موضوع التزوير ، لأن الحكم بقبول تلك الأدلة يكون من تحصيل الحاصل والحكم برفضها هو إستبعاد لها وحدها ، وهذا غير جائز لكونها من عناصر الدعوى التى ينظر فيها عند النظر فى موضوع التزوير ، وعلى ذلك فإذا قبلت المحكمة من أدلة التزوير الواردة فى صحيفة الدعوى دليلاً واحداً وأمرت بتحقيقه وأبقت الفصل فيما عداه مما لا يعدو أن يكون من أمارات التزوير ثم قضت بعد التحقيق مضافًا إليه تلك القرائن والأمارات التى كان قد ساقها مدعى التزوير فى صحيفة إعلان أدلته ، فإنها بذلك لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون (٢) .

إذا كان المدعى عليه فى دعوى التزوير قد صادق مدعى التزوير على جوهر الواقعة المطلوب إثباتها فلم تر المحكمة محلاً للسير فى إجراءات التزوير لأن الإدعاء به أصبح غير منتج فإنه كان عليها وفقًا لنص المادة ٢٨٩من قانون المرافعات أن تقضى بإنتهاء إجراءات الإدعاء بالتزوير ، أما

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٣/٢/١٢ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – قاعدة ٦٦ – ص٤١٧ – ونقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٧٤٠ – ونقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ – المرجع السابق – ص١٨٤٦ . ونقض – جلسة ١٩٦٧/١/١٩ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٥٦ . ونقض– جلسة ١٩٦٧/٣/١٦ – ص٦٥٦ . ونقض – جلسة ١٩٦٧/٣/١٦ – ص٦٧٢ . ونقض – جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ – السنة ٢٠ – ص٣١٠ – ونقض – جلسة ١٩٦٩/٣/٤ – ص٣٨٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٤/٢/٧ – مجموعة ٢٥ عاماً – جزء ١ – قاعدة ٦ – ص٤٠٨ .

وقد قضت برفض الإدعاء وبإلزام مدعى التزوير بالغرامة القانونية فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون ، ذلك لأنه لا يجوز الحكم بغرامة على مدعى التزوير إلا إذا قضى بسقوط حقه فى الإدعاء بالتزوير أو برفضه وفقاً لنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات (١) .

ويشترط لقبول الإدعاء بالتزوير أن يكون منتجاً فى النزاع فإذا كان ذا أثر فى موضوع الدعوى تعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله دون أن تبحث شواهده أن تحققها إذ من العبث تكليف الخصوم بإثبات ما لو ثبت بالفعل ما كان منتجاً نتيجة ما فى موضوع الدعوى (٢) .

ولقاضى الموضوع سلطة تقدير أدلة التزوير ولا يلزمه القانون بإجراء تحقيق متى أطمأن إلى عدم جدية الإدعاء بالتزوير ووجد فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لإقناعه بصحة الورقة المدعى تزويرها (٣) .

إن تقدير القرائن القضائية من سلطة قاضى الموضوع لا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره لقرينة مؤدية إلى الدلالة التى إستخلصها هو منها. إن إقامة الحكم بتزوير ورقة على قرائن مجتمعة ، إنه ليس للطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٤/١١/٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦ – ص٩٧٠ وما بعدها . ونقض – جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٨٧ . ونقض – جلسة ١٩٦٨/٤/٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٨٧٠ . ونقض – جلسة ١٩٦٨/٥/٩ – ص٩٢٤ . ونقض – جلسة ١٩٦٩/١/١٦ . المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١١١ . ونقض – جلسة ١٩٦٩/٣/٤ – المرجع السابق – السنة ٥٠ – ص٣٨٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٤/١٢/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – ص١١٨٠ – ونقض – جلسة ١٩٦٨/٣/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٦٦٥ ونقض – جلسة ١٩٦٩/١/١٤ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٩٥ – ونقض – جلسة ١٩٧٠/١/١٢ – المرجع السابق – السنة ٢١ – العدد ١ – ص١٤٩ .

(٣) نقض –جلسة ١٩٦٦/٣/٢١ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٧٤٠ وما بعدها.

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٨٤٦ وما بعدها. ونقض – جلسة ١٩٧١/١٢/١٦ – المرجع السابق – العدد ٣ – ص١٠٤٥ .

ويشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التى رات إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ٣٢(م٥٣) .

إن الحكم بقبول بعض شواهد التزوير والأمر بتحقيقها دون البعض ، مؤداه إرجاء الفصل - إلى ما بعد إنتهاء التحقيق فى موضوع الإدعاء بالتزوير على أساس جميع الشواهد .

إن الحكم بالتزوير ، عدم لزوم تصديه لطريقة المحو فى الورقة وشخص مرتكب التزوير (١) .

إن القضاء بتزوير ورقة ، كفاية إثبات عدم صدورها ممن أسندت إليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير (٢) .

ويجرى التحقيق بالمضاهاة طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى المواد السابقة .

ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك (م٥٤) .

إن الحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ٥٢ يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية (م٥٥) (٣) .

وإذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى إدعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه - ولا يحكم عليه بشئ إذا ثبت بعض ما إدعاه (م٥٦) .

ويحكم بالغرامة فى كل حالة يرفض فيها الإدعاء بالتزوير ولو دون تحقيق ، على أنه لا يحكم بالغرامة إذا حكم بعدم قبول الإدعاء بسبب أنه

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٣١- المرجع السابق - السنة ١٨ - ص٢٧٢ وما بعدها.

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/١٦- المرجع السابق- السنة ١٨ - ص٦٧٢ وما بعدها.

(٣) إن الذى يوقف صلاحية الورقة للتنفيذ هو الحكم بإجراء التحقيق وليس مجرد التقرير بالإدعاء بالتزوير أو إعلان شواهد التزوير (التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - مجلد ٢ -ص١١٣٦) .

غير منتج فى النزاع ، أو فى حالة النزول عن الإدعاء بالتزوير (١) .

ويكفى للقضاء بتزوير الورقة إثبات عدم صدورها ممن أسندت إليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير (٢) .

أما إذا ثبت بعض ما إدعاه المدعى من تزوير ، فلا يحكم عليه بأية غرامة ، ولا يعفيه من الغرامة ثبوت ما يكون قد أبداه على سبيل الإحتياط من دفاع موضوعى (٣) .

ويثور **التساؤل** فيما لو كانت الغرامة تتعدد عند تعدد طلبات التزوير فى قضية واحدة . كما لو تمسك خصم بتزوير إشهاد طلاق ووثيقة زواج ، إذ كان الأول يشتمل على بيانات كاذبة واردة بذاتها فى الثانية – ففى هذه الحالة متى قضى برفض الإدعاء بالتزوير ؛ فإن الغرامة لا تتعدد نظراً للإرتباط بين الورقتين ، فإشهاد الطلاق إنما يردد البيانات الواردة فى وثيقة الزواج ، ويكون الإدعاء بالتزوير منصبًا فى الواقع على البيانات فى وثيقة الزواج (٤) .

أما إذا تعدد المدعون بالتزوير ، فإن الغرامة لا تتعدد أيضًا إذا كان إدعاؤهم بالتزوير واحداً وحاصلاً بتقرير واحد ومنصباً على ورقة أو أوراق مرتبطة ببعضها .

متى كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى من أقوال الشهود التى إعتمد عليها فى قضائه إلى أن المطعون ضده لم يسلم الورقة التى وقع عليها على بياض بإختياره إلى الطاعن وإنما سلمها لموظف إدارة التجنيد ليحرر عليها طلبًا بإعفائه من الخدمة العسكرية وإن الطاعن حصل عليها بطريقة ما

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ – مجموعة المكتب الفنى –السنة ١٩ – ١١٣ – ص٧٨٠ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٨ /٣/٢٦ – المرجع السابق – ١٩ – ١٠٤ – ص٦٧٢ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٨/٩/٩ – المرجع السابق – ١٩ – ١٣٧ – ص٢٩٤ .

(٤) المرافعات المدنية – للدكتور أحمد أبوالوفا – طبعة ٨ – ١٩٦٥ – هامش ٣ – ص٧٩٣ و٧٩٤ . ومبادىء القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ٢ – ١٩٧٥ – ص٤٧ وهامش .

وأثبتت فيها الإقرار المدعى بتزويره فإن الواقعة على هذه الصورة تعتبر تزويراً لا خيانة أمانة (١) .

إذا كان مدعى التزوير قد أسس إدعاءه على أن سند المديونية كان محرراً على ورقة أثبت فى الجزء الأسفل منها أنه سدد جزءاً من الدين ، وأن المدعى عليه بالتزوير قام بقطع هذا الجزء المثبت للتخالص فإن إدعاء مدعى التزوير على هذا النحو يعد طعناً بالتزوير على محرر واحد مثبت للمديونية والتخالص من جزء منها فلا تتحقق المحكمة فى تحقيقه بقواعد الإثبات المنصوص عليها فى الباب السادس من القانون المدنى الخاص بإثبات الإلتزام والتخالص منه ، بل لها أن تحكم برد وبطلان المحرر أو جزء منه متى إستبان لها من ظروف الدعوى أنه مزور ومن ثم فلاعلى المحكمة إن قضت بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات التزوير الذى يقع بهذه الطريقة(٢).

إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أصدرته بعد الإطلاع على أوراق الدعوى ، وكانت المحكمة غير ملزمة بإيراد بيان مفصل لهذه الأوراق فإن النعى عليها بعدم إطلاعها على المحرر المطعون عليه بالتزوير فى الدعوى يكون على غيرأساس (٣) .

للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الإدعاء فى أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه - وللمحكمة فى هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعة « م٥٧ .

من إدعى ضده بتزوير ورقة مقدمة منه أن ينهى إجراءات الإدعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها هذه الإجراءات بنزوله عن التمسك بتلك

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٧ ، ص١٣٩٩ ، ونقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ١- ص١٧٤ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٧ ، المرجع السابق . السنة ١٨ - ص١٠١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٩- ص٢٦٤ .

الورقة وذلك بغير توقف على قبول مدعى التزوير ، ولا يكون لهذا سوى أن يطلب من المحكمة ضبط الورقة أو حفظها متى كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك (١) .

ويجوز للمحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة - أن تحكم برد أى محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور - ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى تبينت منها ذلك (م ٥٨) .

وإذا جاءت هذه المادة (٥٨ إثبات) خالية من أى قيد أو شرط ، فإن مؤدى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هو تطبيقها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء حصل إدعاء بالتزوير أو لم يحصل ، سواء نجح هذا الإدعاء أو فشل ، ويجوز للمحكمة من باب أولى فى حالة تشككها فى صحة الورقة المتمسك بها أن تحيل الدعوى من تلقاء نفسها إلى التحقيق إستعمالاً لحقها فى ذلك الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة (٢) .

لا يشترط لإستعمال المحكمة الرخصة المخولة لها فى المادة ٣٩٠ من قانون المرافعات (الملغاة والمقابلة للمادة ٥٨ من قانون الإثبات) أن يكون قد إدعى أمامها بتزوير الورقة التى قضت بتزويرها إذ أن نص هذه المادة صريح فى تخويل المحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المرسومة لها - الحق فى أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو ظروف الدعوى أنها مزورة (٣) .

طبقًا للمادة ٢٩٠ مرافعات (الملغاة) يجوز للمحكمة أن تحكم بتزوير الورقة المقدمة إليها ولو لم يدع أمامها بالتزوير ، فإن هى إستعملت حقها هذا

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص٧٤٠.

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص٢٦٦. ونقض - جلسة ١٩٦٧/٣/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص٦٧٢ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص٦٧٢ .

فإنها لا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم (١) .

ويجوز لمن يخشى الإحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يقيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة – وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة (م٥٩) (٢) .

وتقوم المصلحة فى دعوى التزوير الأصلية من مجرد الإستيثاق للحق(٣) .

تقدير قيمة دعوى التزوير الأصلية :

٣٢٥– إختلف النظر إلى رأيين :

رأى – يقول بأن تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية يكون بقيمة الدعوى الأصلية بصرف النظر عن قيمة السند المطعون بتزويره ، على إعتبار أن تلك الدعوى هى فرع والفرع يتبع الأصل .

رأى – يذهب إلى وجوب تقدير قيمتها كما يقدر أى طلب عارض على الدعوى الأصلية (٤) .

كما أن محكمة النقض أخذت بالنظرين ، فجاء حكمها الصادر بجلسة

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٥/٦/٣ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٦٧٨ . ونقض – جلسة ١٩٦٧/٣/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٣٠٠ . ونقض جلسة ١٩٧١/٣/٩ – السنة ٢٢ – ص٢٦٦ .

(٢) تراجع أحكام النقض : نقض – جلسة ١٩٦٥/١١/١١ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١٠٠٩ ، ونقض – جلسة ١٩٦٥/٦/٢١ – المرجع السابق – السنة ٧ – ص٦٤٢ . ونقض – جلسة ١٩٤٢/١٢/٧ – مجموعة ٢٥ عامًا –جزء ٢ – قاعدة ١٥ – ص١٢٤٦ . ونقض – جلسة ١٩٤٣/٥/٢٠ – المرجع السابق – جزء ١ – قاعدة ١١٢ – ص٤٢١ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/١٧– مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ٢ وما بعدها .

(٤) دعوى التزوير الفرعية – بحث – للدكتور أحمد أبو الوفا – المحاماة – السنة ٤٥–العدد ٧و٨ – ص٦٧٨ .

١٩٥٦/٦/٢١ مـؤيداً للرأى الأول بينمـا كـان حكمـهـا الصـادر بجلسـة ١٩٥٥/٦/١٦ مؤيداً للرأى الثانى .

ضم الأوراق المطعون عليها :

٣٢٦- إستقر قضاء النقض على أن الأوراق المطعون عليها بالتزوير لا تعدو أن تكون من أوراق القضية ، فلا يعتبر الأمر بضمها والإطلاع عليها إجراء مـن إجراءات الدعوى التى يلزم إثباتها فى محضر الجلسة أو فى أى محضر آخر (١) .

عدم جواز إستئناف الحكم فى الإدعاء بالتزوير إستقلالاً :

٣٢٧- كما إستقر قضاء النقض على أن الحكم فى الإدعاء بالتزوير برد وبطلان الورقة أو بصحتها لا تنتهى به الخصومة المرددة بين الطرفين،ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع، إذ المقصود بالخصومة الخصومة الأصلية المرددة بين الطرفين لا تلك التى تثار عرضًا فى خصوص دفع شكلى فى الدعوى أو مسألة فرعية متعلقة بالإثبات فيها (٢) .

أصول قضائية حديثة فى الإدعاء بالتزوير:

١- لقاضى الموضوع سلطة تقدير أدلة التزوير ، ولا يلزمه القانون بإجراء تحقيق متى إطمأن إلى عدم جدية الإدعاء بالتزوير ووجد فى وقائع الدعوى وأوراقها ما يكفى لإقناعه بصحة الورقة المدعى بتزويرها (٣) .

٢- مؤدى نص المادة ٥٨ من قانون الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١- ص٢١٧ . ونقض - جلسة ١٩٦٤/١/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ . ونقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - ص٦٧٦ - ونقض - جلسة ١٩٦٠/١/٢٨- السنة ١١ - ص٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - ص٣٩ . ونقض - جلسه ١٩٦٩/٤/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٠- ص٥٦٦ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٣/٦/١٤ - الطعن ٥٦ لسنة ٥٢ق (أحوال) .

النقض - أن لا يشترط لإستعمال المحكمة - الرخصة المخولة لها فى هذه المادة أن يكون قد إدعى أمامها بتزوير الورقة التى قضيت بتزويرها إذ أن نصها صريح فى تخويلها الحق فى أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى إنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير وفق الإجراءات المرسومة لها (١) .

٣- قاعدة عدم جواز القضاء بصحة المحرر أو رده أو بسقوط الحق فى إثبات صحته وفى الموضوع معاً - لا مجال لإعمالها متى قضى بعدم قبول الإدعاء بالتزوير لأنه غير منتج (٢) .

---

(١) نقض - جلسة - ١٩٨١/٥/١٢ - الطعن ٤١ لسنة ٤٩ق (أحوال) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/١٧ - الطعن ٦٤ لسنة ٥٢ق (أحوال) .

الباب الثانى

شهادة الشهود ، وشهادة الإستئناف

٣٢٨- تناولت اللائحة الشرعية أحكام الشهادة فى المواد من ١٧٢ حتى ١٩٣ ولكن هذه المواد قد تناولها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء فيما بعد مادتين هما : ١٧٩ و ١٨١ .

أولاهما – خاصة بشهادة الإستكشاف .

وثانيهما – خاصة بالشهادة بالإيصاء أو الوصية .

وفيما خلا ذلك من أحكام الشهادة والشهود يمكن الرجوع فى شأنها إلى قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الواجب التطبيق والذى حل محل الأحكام الإجرائية التى كان ينص عليها قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والأحكام الموضوعية التى كان ينص عليها القانون المدنى .

ومن ثم فإننا سوف نتناول أحكام الشهادة فى فصلين : الأول منهما – وهو الخاص بشهادة الشهود (١) – نرجع فيه إلى قانون الإثبات ، والثانى منهما ، وهو الخاص بشهادة الإستكشاف – نرجع فيه إلى اللائحة الشرعية(٢) .

---

(١) يرجع فى شأنها إلى المراجع التالية : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد- للدكتور أحمد أبو الوفا – المجلد ٢ – ص١٠٤٣ – وما بعدها ، والوسيط فى شرح قانون المرافعات – للدكتور رمزى سيف – ص٦٣٨ وما بعدها ، ورسالة الإثبات – للأستاذ أحمد نشأت – طبعة ١٩٢٤ ص١٩٢ وما بعدها ، والوسيط – جزء ٢- للدكتور السنهورى – ص٦٤١ وما بعدها ، ونظرية الإثبات فى الشهادة – للأستاذ حسين المؤمن – ص١٦ وما بعدها ، ومجموعات المكتب الفنى لأحكام النقض . ومجلة المحاماة ، والإثبات فى قضايا الأحوال الشخصية لا يحتاج إلى حكم بالإحالة إلى التحقيق – للقاضى محمد شعبان – دنيا القانون . ومبادئ القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ٢ – ١٩٧٥ – ص٤٧١ وما بعدها .

(٢) يرجع فى شأنها إلى المراجع التالية : مباحث المرافعات للدكتور أحمد البهى – ص٢١ وما بعدها . ونظرية الإثبات فى الفقه والأصول القضائية فى المرافعات=

هل يلزم صدور حكم بالإحالة إلى التحقيق فيما تجاوز فيه شهادة الإستكشاف ، وغيرها ؟

٣٢٩- بعد صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بتوحيد جهات القضاء إختلفت وجهات نظر المحاكم فى شأن الإحالة إلى التحقيق فى قضايا الأحوال الشخصية ، إلتزاماً بقانون المرافعات ومن بعده بقانون الإثبات .

فذهب رأى فيها إلى وجوب الإحالة إلى التحقيق ، لخلو اللائحة الشرعية من نصوص مقابلة لما يقضى به قانون المرافعات (ومن بعده قانون الإثبات) ، سواء فى ذلك ما تعلق منها بالنفقات وما فى حكمها ، أو ما تعلق بغير ذلك من المواد الشرعية .

بينما ذهب رأى آخر إلى إعمال نص المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية التى تقضى بسماع الدعوى وأدلتها ، وذلك فى مواد النفقات وما فى حكمها، وذلك إلتزاماً بسرعة الفصل فى هذه القضايا .

بينما ذهب رأى ثالث إلى القول بأن مفاد نص المادة ٢٨٢ من اللائحة الشرعية شموله لحالات ثلاث : الأولى - أن تكون الأدلة أوراقاً ، والثانية - أن تكون الأدلة شهوداً ، والثالثة - أن تكون الأدلة أوراقاً وشهوداً . ففى الحالة الأولى يجب أن تسمع المحكمة الأدلة ، وأن تصدر الحكم فى غيبة المدعى عليه ، بغير حاجة إلى إصدار حكم بالإحالة إلى التحقيق . وفى الحالتين الأخيرتين يجب إصدار حكم بالإحالة على التحقيق ، يعلن منطوقه للغائب من المدعى عليهم وجوباً .

=الشرعية - للقاضى على قراعة - والدعاوى الشرعية - للأستاذ محمد زيد الإبيانى . ص٩٧ . وما بعدها . والفقه الجنائى الإسلامى - للأستاذ أحمد فتحى بهنسى - ص١٣ وما بعدها . وشرح اللائحة الشرعية - للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص٣٤٨ وما بعدها . والتعليق على قانون الإثبات - للأستاذين عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز ، ص٨١ وما بعدها ورأى فى الشهادة ، للأستاذ محمد البربرى المحامى - المحاماة الشرعية - السنة ٨ - العدد ٤و٥و٦ - ص٢ وما بعدها، والشهادة فى دعوى الطاعة شهادة إستكشاف ، للأستاذ عمر محمد التونى المحامى - المرجع السابق - ٣٦١ وطرق الإثبات ، للأستاذ أحمد عبد الوهاب المحامى - المرجع السابق - ص٣٦٥ . وشهادة النفى ، للشيخ أحمد إبراهيم - المرجع السابق - ص١٠٧ .

والرأى الأول هو الراجح والذى عليه العمل .

وشهادة الإستكشاف كافية فى فرض النفقة بأنواعها – على أنه قد تفرض النفقة بدون شهود أصلاً ، إكتفاء بوثيقة الزواج التى لم تكن دالة إلا على مجرد الزوجية (١) .

وبما أن إكتفاء المحكمة الجزئية فى إثبات المسكن بشهادة الإستكشاف هو الذى درجت عليه المحاكم ، لفظ المادة يحتمله ، فلا يكون تحليف الشاهدين مبطلاً لشهادتهم (٢) .

---

(١) ابو قرقاص الشرعية – جلسة ١٩٢٩/١٢/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٨ – ص٤٣٥ .

(٢) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٣١/١٠/٢٣ – المرجع السابق – السنة ٥ – ص٨٩٦ .

الفصل الأول

شهادة الشهود

تعريف الشهادة :

٣٣٠- لم تعرف اللائحة الشرعية ولا قانون المرافعات الملغى ولا القانون المدنى ، ولا قانون الإثبات شهادة الشهود ، وإقتصرت نصوص تلك القوانين على تناول أحكام الشهادة .

ولكن المؤلفين الشرعيين فى المرافعات الشرعية نقلوا عن الأصول الشرعية تعريفات ، فلها فى اللغة معنى ، وفى إصطلاح الفقهاء معنى آخر.

فهى فى اللغة إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان لأنها مشتقة من المشاهدة وهى تنبئ عن المعاينة .

وهى فى الإصطلاح إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره .

والمخبر يسمى شاهداً ، والمخبر له يسمى مشهوداً له ، والمخبر عنه يسمى مشهوداً عليه ، والحق يسمى مشهوداً به .

شروط الشهادة :

٣٣١- وقد تضمنت كتب الفقه الإسلامى - فى الشهادة - شروطاً متعددة ، منها ما تعلق بتحمل الشاهد للشهادة ، ومنها ما تعلق بصحة أدائه ، ومنها ما تعلق بالشهادة ذاتها ، ومنها ما تعلق بالمشهود به (١) .

وأجاز الحنفية الشهادة بالتسامع فى مواضع منها النسب . وإختلفوا فى تفسيره وتحمل الشهادة به ، فعن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به

---

(١) يراجع فى تفصيل شرح تلك الشروط : مباحث المرافعات - للإبيانى - ص١٠١ وما بعدها ، والأصول القضائية - لقراعة ، ص١٥١ وما بعدها . وشرح اللائحة ، لقمحة والسيد ، ص٣٦١ وما بعدها . ومن طرق الإثبات ، للبهى ، ص٢٢ وما بعدها . ونظرية الإثبات ، للبهنسى ، ص٢٠ وما بعدها .

الأخبار ، وعلى هذا إذا «أخبره» رجلان أو رجل أو إمرأتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر . وعن الصاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وإمرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة ، والفتوى على قولهما ، وإشترطوا فى الأخبار - هنا وعن العدلين - أن يكون بلفظ « أشهد» وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة والمتون قاطبة - والنقول المعتبرة - أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى جميع المواضع التى يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع ، ومن الفقهاء من إستثنى الوقف والموت فتقبل ولو فسر للقاضى أنه أخبره به ، لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع ، فكان الإفصاح كالسكوت . وإختلفوا فى معنى التفسير للقاضى أنه يشهد بالتسامع فلو شهدوا وفسروا وقالا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل . ولو قال سمعنا من قوم لا يتصور إجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل ، ولو قالا أخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال إنه من التسامع ومنهم من قال إنه ليس منه وجعله الراجح ، والظاهر أنه ليس أجيز للشاهد أن يشهد بالتسامع فى المواضع التى بينوها وجب أن يقضى بشهادته وإن فسر وإلا كان فى المقام ما يشبه التناقض ، إذ كل ما فى الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ، ولا يحملون القاضى ذلك .

إن الطريق إلى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وإمرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وأنهم أوجبوا على الشاهد أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر للقاضى أن يشهد بناء على سمع من الناس - وإذ كان ذلك فإن تغييب الحكم بأنه لم يبين أنه توافرت فى أقوال الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون فى غير محله إذ هى أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد ، وكذلك تعييب لأن أحداً منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب إثباتها ولا بما شهد به لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ما شهدوا به تحققت

فيه شروط التواتر إذ هى أمور تتصل بأداء الشهادة وحكاية ما تحمله الشاهد منها والشهادة بالتسامع - عند الأداء - يضرها الإفصاح يصححها السكوت وإن يكن سكوتاً كالإفصاح .

إن الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ ولم يعاينه بالعين أو بالسماع - بنفسه ، وإستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع مع الناس وإن لم يعاينها بنفسه وهى ضرورة بعد ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هى إستحسان مرده والوجه فيها أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على إنقضاء القرون وأنها يقترن بها فى العادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة فى كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغًا للشهادة ولو لم تقبل أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعاً . وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب وإشتهر وإستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء ، أو يخبره به - وبدون إستشهاد - رجلان عدلان أو رجل وإمرأتان عدول فيحصل له نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به ، وهى مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظنًا قوياً يقترب من القطع كشهادة الإستفاضة ومنها ما يفيد ظناً دون شهادة الإستفاضة بأن يقولوا سماعاً فاشياً أو لم نزل نسمع من الثقات ، والفقهاء قد أوجبوا على الشاهد أن لا «يفسر» للقاضى إنما أرادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضى هذا العبء .

الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه ، فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه عيناً أو سماعًا فى غير الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة على التطليق للضرر (١) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ - الطعن ٥٤٧ لسنة ٦٥ق (احوال) المحيط --

إن الشهادة بالتسامع فى فقه الشريعة الإسلامية لا هى شهادة برأى ولا هى شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية ، وإنما هى شهادة أصيلة ومتميزة بضوابطها ودواعيها ، لها قوتها فى الإثبات ، ويحمل الشاهد فيها عبء ما شهد به وهى بذلك لا تدخل من باب شهادة السماع ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة فى فقه القانون الفرنسى ولا تجرى مجراها بالتالى مما تستقل له محكمة الموضوع بما لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه ما لم تخرج بها إلى ما لا تؤدى إليه (١) .

أولاً : فبالنسبة لتحمل الشاهد للشهادة فإنه يشترط لذلك:

١- أن يكون الشاهد كامل العقل (حتى ولو كان صبيًا وقت وقوع الواقعة التى سيشهد عليها) .

٢- أن يكون بصيراً ، فلا تصح شهادة الأعمى .

٣- أن يكون الشاهد قد عاين المشهود به أو دليله بنفسه ، فى غير الأشياء التى تصح الشهادة فيها بالتسامع - وقد إشترط ذلك لقوله ﷺ :

« إذا علمت مثل الشمس فإشهد وإلا فدع » .

ثانيًا : وبالنسبة لصحة أداء الشاهد للشهادة فإنه يشترط لذلك :

١- أن يكون الشاهد عاقلاً وقت أداء الشهادة .

٢- أن يكون بالغًا وقت أدائها (حتى ولو كان غير بالغ وقت رؤية الواقعة التى سيشهد عليها) ، لأن الشهادة فى معنى الولاية على المشهود عليه .

٣- أن يكون مبصراً ، فلا تقبل شهادة الأعمى ولو كان بصيراً وقت التحمل عند أبى حنيفة ومحمد ، أما أبو يوسف فتصح عنده شهادة الأعمى متى كان مبصراً وقت التحمل .

=للمستشار حسن منصور - المرجع السابق - ص٤٤٧ وانظر - ص٤٥٧ منه .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٤ - الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٣ القضائية - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - العدد ١ - ص٥٤ وما بعدها .

٤- أن يكون ناطقاً ، فلا تصح شهادة الأخرس

٥- أن لا يكون محدوداً فى قذف

٦- الا يكون متهماً فى شهادة (١) اى بقصد الحصول على مغنم او دفع مغرم) أخذاً من قول الرسول عليه الصلاة والسلام :

« لا شهادة لجار المغنم ولا لدفع المغرم» .

٧- الا يكون خصماً ، لقوله عليه الصلاة والسلام :

« لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» .

٨- أن يكون عالماً بالمشهود به ذاكراً له وقت الأداء .

٩- أن يكون قادراً على التمييز بالسمع والبصر بين المدعى والمدعى عليه .

١٠- أن يكون مسلماً إذا كان المشهود عليه مسلماً ، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم .

---

(١) وينبنى على ذلك الا تقبل :

١- شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله .

٢- شهادة أحد الزوجين للآخر .

٣- شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما ، لأنه يكون شاهداً لنفسه فى البعض .

٤- شهادة الأجير للمستاجر .

وذلك لقوله تعالى عليه الصلاة والسلام : (لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لإمرأته ولا العبد لسيده ولا الوالى لعبده ولا الأجير لمن إستأجره) .

٥- شهادة التلميذ الخاص بمعلمه .

٦- شهادة العدو على عدوه . لقوله ﷺ :(لا تجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الجنة) .

٧- شهادة الصديق لصديقه ، إذا كانت الصداقة بينهما متناهية .

٨-شهادة الشخص على فعله فلا تقبل شهادة الوكلاء على ما صدر من افعالهم.

٩- لا تقبل شهادة الفاسق ومدمن الخمر والمقامر ومقترف الكبائر لعدم عدالتهم

المقرر فى المذهب الحنفى أن شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض مقبولة عدا شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ،وعلى هذا فشهادة شقيقى المطعون ضدها مقبولة (١) .

ثالثًا : أما بالنسبة للشهادة فإنه يشترط فيها ما يلى :

١- أن تسبقها دعوى قائمة على حقوق العباد .

٢- تحقق نصاب الشهادة وفق القواعد الشرعية فى كل حالة (٢) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٩٧/٦/٣٠ - الطعن ٢٧١ لسنة ٦٣ق (أحوال) - المحيط - للمستشار حسن منصور - طبعة ١٩٩٨ - ص٥٧٤ .

(٢) فقد إتفق الفقهاء على قبول أربعة شهود لإثبات الزنا وإسقاط حد القذف . وعلى شاهدين فى الدماء والقصاص والحدود والنكاح والطلاق والرجعة . وعلى قبول رجلين أو رجل وإمراتين فى الأموال وما يؤول إليها (من طرق الإثبات بين الشريعة والقانون . رسالة للدكتور أحمد عبد المنعم البهى . ص٢١) وقد قضت محكمة النقض بأن التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين . وإنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق لعدم الإنفاق أو للغيبة . فإنه يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لايجيزه . ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون عليه ،، تأسيساً على أن القول الوحيد على الراجح فى المذهب الحنفى فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق إن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وإمرأتان ويعدم كفاية شاهد واحد . فى غير محله (نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - ص٨١) . بينما قضت فى حكم لاحق بأنه إذا كان إثبات وقوع الطلاق ونفيه عن المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها فى إثبات وقوعه وكيف يكون مقبولاً شرعًا . فإن الحكم المطعون فيه قد طبق حكم الشريعة الإسلامية دون قانون المرافعات والقانون المدنى فى هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون (نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢- المرجع السابق - السنة ١٤ - ص٣٢) . انظر أيضاً فى التعويل على قضاء الحكم الجنائى المؤيد بالأوراق الرسمية والبينة الشرعية للقضاء بالتطليق للضرر (نقض - جلسة ١٩٦٣/٤/١٠- المرجع السابق- السنة ١٤ - ص٥١٥) . وفى الأخذ بالشهادة =

٣- أن يتوافر إتفاق الشهادات فى حالات تعدد الشهود ، بحيث إذا حصل خلاف بينهم فلا تقبل .

٤- أن تنصب الشهادة على طلبات المدعى ، فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وفق المدعى بين دعواه وبين الشهادة فى الحالات الممكنة .

رابعًا - أما بالنسبة للمشهود به فإنه يشترط أن يكون معلوماً.

فرق المشرع فى الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء النقض - بين الدليل وإجراءات الدليل فى مسائل الأحوال الشخصية ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، أما قواعد الإثبات المتعلقة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى . فقد أبقاها المشرع على حالتها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

ومن شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى ، أن يكون الشاهد عالمًا بالمشهود به ذاكراً له وقت الأداء ، فلو نسى المشهود به لم يجز له أن يشهد ، وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به ، ولا يكون كذلك إلا إذا وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ، ونفس الحق المشهود به، وعلى هذا إذا شهد الشهود على حاضر بعين حاضره ، وجب عليهم لأجل صحة شهادتهم أن يشيروا لثلاثة أشياء ، المدعى والمدعى عليه والعين المدعاة ، لأن الغرض التعريف ، والإشارة أقوى سبل التعريف ، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد إسم المدعى أو المدعى عليه ولا نسبهما ، لأنه لا يحتاج مع الإشارة إلى شئ آخر ، فإن شهدوا على غائب أو ميت وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به ، ويبين من ذلك أنه يجب أن يكون الشاهد عالمًا بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق ، أما إذا كانت الشهادة تتعلق بحالة شخص من يسار أو فقر فلا يطلب من الشاهد إلا التعريف بهذا الشخص الذى تتصل به وقائع الشهادة المطلوب إثباتها - ولقاضى الدعوى سلطة الترجيح بين البينات

=بالتسامح فى دعاوى النسب (نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٤ - المرجع السابق . السنة ١٨ . ص٦١٤) .

وإستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية رجحت أقوال شاهدى النفى على أقوال شاهدى الإثبات ، فإن النعى يكون على غير أساس (١) .

أنواع الشهادة فى الشريعة الإسلامية :

٣٣٢- عدد فقهاء الشريعة الإسلامية أنواع الشهادة ، وهى تنحصر فيما يلى :

(١) الشهادة الأصلية ، وهى تلك التى بموجبها يشهد الشاهد بما عاينه بالعين أو بالسماع بنفسه .

(٢) شهادة التسامع (٢) ، وهى التى تقوم فيها الشهرة مقام المعاينة .

(٣) شهادة التواتر ،وهى خبر جماعهم يقع العلم بخبرهم ، ولا يتصور إتفاقهم على الكذب ، والتواتر حجة فى النفى والإثبات لأنه يفيد القطع واليقين على حين أن البيانات ظنية يدخلها الشك .

(٤) شهادة الإستكشاف – وسوف نعود إلى بحثها فى الفصل التالى .

أحكام الشهادة فى قانون الإثبات :

٣٣٣- تقضى المادة ٦٠ من قانون الإثبات بعدم جواز شهادة الشهود(٣) لإثبات وجود أو إنقضاء التصرف القانونى الذى تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، ويقدر الإلتزام بإعتبار قيمته وقت صدور التصرف ، ولا يدخل فى تقدير القيمة ضم الفوائد وملحقات إلى الأصل .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/١٣ – م .م . ف – ٢٣ –٣ – ١٣٧٧ ونقض – جلسة ١٩٦٢/١/٢ – المرجع السابق – ص ١٤ –٣٢ .

(٢)وقضى بأن الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية ، وهى مثلها تخضع لتقدير قاضى الدعوى (نقض– جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – العدد ٢– ص٧٣٥) .

(٣) اخذ قانون الإثبات بتعبير الإثبات بشهادة الشهود دون تعبير (بالبينة) ، لأنه كما تقول المذكرة الإيضاحية ، ادق فى الدلالة على المعنى المقصود .

وهذه المادة مستقاه من نص ٤٠١ (أ) مدنى (الملغاة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ، وتقابل المادة ١٣٤١ من التقنين المدنى الفرنسى ، التى تصدرت بالعبارة الحاسمة التالية :

" Il doit étre passé acte devant notaire ou sous signatures priveés de entes choses excédqut la somme ou la valeur de cinq cents francs" .

وإذا إشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ولو كانت هذه الطلبات تزيد فى مجموعها على القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة ، وتكون العبرة فى الوفاء الجزئى - بقيمة الإلتزام الأصلى .

ومن سياق النص يظهر عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام ، فيجوز للطرفين الإتفاق على وسيلة مخالفة لإثبات وجود التصرف أو إنقضائه . دون مراعاة لنصاب ما يمكن إثباته بشهادة الشهود .

وقد قضى حديثاً بأن رد المنقولات واقعة مادية مستقلة عن العقد يجوز إثباتها بالبينة (١) .

وبأن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة، لا تتعلق بالنظام العام ، فإذا لم يحصل التمسك بها أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

وبأنه يجوز إتفاق الخصوم على مخالفة قاعدة عدم جواز الإثبات فيما يجب فيه الإثبات بالكتابة ، كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنه ، وأن طلب الخصم تكليف الخصم الآخر إثبات ما يدعيه بشهادة

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص٤٣٢ .

(٢)نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ - جنائى - ص١٣٨٤ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/٣/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص٢٨٩ ، ونقض - جلسة ١٩٧١/١٢/٩ - المرجع السابق - ص١٠٠٨ .

الشهود مما يقطع برضائه الإثبات بهذه الطريقة (١) .

ونصت المادة ٦١ من قانون الإثبات على حالات ثلاثة لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيهاً :

١- فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابى .

٢- إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

٣- إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، ثم عدل عن طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة .

إن الأصل أن التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية تفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته تاريخ آخر ، ويتقيد فى إثبات ذلك بالقواعد العامة ، ومن ثم فلا يجوز له إثبات ما يخالف التاريخ المكتوب إلا بالكتابة (٢) .

إنه وإن جاز لغير المتعاقدين صورية العقد بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة حتى ولو كانت قيمة محل التعاقد تزيد على ألف قرش (ألفين الآن) فإنه فيما بين المتعاقدين لا يجوز إثبات الصورية إلا بالكتابة متى زادت قيمة الإلتزام على ذلك المبلغ (٣) .

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .

إن تقدير الورقة المراد إعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٣/١١/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٣- ص١٠٣١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص٦٧٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٤٧/٣/٢٧ - مجموعة ٢ - ٢٥ عاماً - قاعدة ٨٣ - جزء ١ - ص٣٦ . ونقض - جلسة ١٩٦٦/٥/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص١٠٣٥

تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال أم لا مما يستقل به قاضى الموضوع ، فلا رقابة لمحكمة النقض متى بنى الحكم المطعون فيه على أسباب سائغة ولم تتعارض مع الثابت بالورقة (١) .

وأن إغفال المحكمة - دفاع الخصم الذى تمسك بإعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، دون بيان أسباب إطراحها إياه ، قصور فى الحكم (٢) .

وتقدير ما إذا كانت الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة من مسائل الواقع (٣) التى يستقل بها قاضى الموضوع .

ولا يتطلب القانون فى مبدأ الثبوت بالكتابة سوى أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال (٤) .

إن لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى كملته البينة(٥) .

كما يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى :

(أ) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه (م٦٣) .

وتقدير المانع الأدبى من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب متى كان مبنياً على أسباب سائغة (٦) .

وأن صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعًا أدبيًا يحول دون الحصول على سند كتابى ، بل المرجع فى ذلك إلى ظروف

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ -مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص٧٤٢ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/٥ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٠٣٥ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٤/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص٢٨٩ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٤٠٩ .
(٥) نقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص٩١٧ .
(٦) نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص٤٥٥ . ونقض جلسة ١٩٦١/١١/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٢ - ص ٢٦٨ مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ - قاعدة ١٤٥ - ص ٤٣ .

الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها (١) .

ويعتبر سبباً اجنبياً فقد السند نتيجة لإهمال محامى الدائن أو موظفى مكتبة فى المحافظة عليه (٢) .

لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة .

على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الإستدلال (م٦٤) .

العبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التى يشهد بها .

الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى عملهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنتشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها ، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب أحد الخصوم (م٦٥) .

لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أوالأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد إنتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به إرتكاب جناية أو جنحة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم ، على الا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة (م٦٦).

ولا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر بما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد إنفصالهما إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر (م٦٧) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٥/٥/٥ – مجموعة القواعد القانونية – لمحمود عمر – جزء ٥– ص٦٤٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦١/٥/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٢ ، ص٤٨٥ .

على الخصم الذى يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة أو شفاهة فى الجلسة (م٦٨) .

إن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة لا تتصل بالنظام العام . ولذلك يجوز للخصوم الإتفاق على مخالفتها ، كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنه (١) .

لا على المحكمة إذا هى لم تستجب إلى طلب الإحالة على التحقيق إذا ما إستبان لها أن إجابة الطلب غير منتجة وأن لديها من الإعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى حتى مع التسليم بصحة الواقعة المطلوب إثباتها (٢) .

إستقلال قاضى الموضوع فى تقدير أقوال الشهود طالما لم يخرج عن مدلولها (٣) وإسناد أقوال شاهد إلى آخر لا يؤدى لنقض الحكم طالما أن هناك أدلة أخرى تكفى لحمله (٤) .

تقدير أقوال الشهود مما تستقل به محكمة الموضوع ، ولا تلتزم بتصديق الشاهد فى كل أقواله أو الرد على من لم تأخذ بشهادته ، وترجيح شهادة على أخرى من إطلاقات محكمة الموضوع ، وهى غير ملزمة بإبداء أسباب إطمئنانها بمعنى لأقوال الشهود ، ولها أن تأخذ للشهادة تحتمله

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ - ص١٠٢١ .
ونقض - جلسة ١٩٥٧/١١/١٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص٤٩٤ .
ونقض جلسة ١٩٧١/١/٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص٨٤٧ . ونقض - جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٨ - ص١٧٦ . ونقض - جلسة ١٩٣١/١٢/١٧ - مجموعة ٢٥ عاماً - الجزء ١ . قاعدة ١٧٥ - ص٤٨ . ونقض - جلسة ١٩٢٦/٤/١٦ - المرجع السابق . قاعدة ١١٩ . ص٤٨ . ونقض - جلسة ١٩٧٠/٦/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص١٠٧٩ . ونقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ - المرجع السابق - ص١٨٠٢ .

(٣) نقض جلسة ١٩٧١/١/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ١ - ص١١٨ . ونقض جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ - المرجع السابق - ص٥١٦ . ونقض - جلسة ١٩٧٥/٤/٢٧ . المرجع السابق . ص٥٧٤ ونقض . جلسة ١٩٧١/١١/١٠ - المرجع السابق - ص٨٩١ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٥ - المرجع السابق - ص٤٨٨

عبارتها دون معنى آخر ولو كان محتملاً (١) .

تقدير أقوال الشهود مما يستقل به قاضى الموضوع ، وله أن يأخذ بمعنى للشهادة تحتمله عبارتها دون معنى آخر ولو كان محتملاً ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا فى تقدير الدليل لا يقبل أمام محكمة النقض (٢) .

محكمة الموضوع تستقل بتقدير أقوال الشهود ، دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغًا ، وكانت لا تخرج بها إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها ، كما أنها غير ملزمة ببيان سبب ترجيحها شهادة شاهد على آخر (٣) .

إن تقدير أقوال الشهود هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولها أن تأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر وبأقوال واحد أو أكثر من الشهود دون غيرهم حسبما يطمئن إليه وجدانها من غير أن تكون ملزمة ببيان أسباب ترجيحها لما أخذت به وإطراحها لغيره ولا معقب عليها فى ذلك (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٢/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – ص١٦٠ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ – المرجع السابق – ص٢١٧ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ – المرجع السابق – ص٣٢٨ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٣/٩ . المرجع السابق – ص٢٢٦ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ – المرجع السابق ص٥٠٦ – ونقض – جلسة ١٩٧١/٦/١٧ . المرجع السابق . ص٧٧٣ . نقض ١٩٧١/١٢/٧ – المرجع السابق – ص٩٨٤ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٤/١٥ – المرجع السابق – ص٤٨٨ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧١/١٢/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ٣مدنى وأحوال – ص٩٨٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٣/٣/٢٢ م . م .ف – ٢٤ – ١ – ٤٦٣ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ – المرجع السابق – ص٣٤٢ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ – المرجع السابق – ص٢١٥ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٦ – المرجع السابق – ص١٤٤ ، ونقض – جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ – المرجع السابق – ص٦٢ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٩٥٥ . ونقض – جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ – المرجع السابق . السنة ١٥ – ص١٢٣٠ ونقض . جلسة ١٩٦٤/١٢/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٨ –

الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق (م٦٩) .

وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة (١) .

كما يكون لها فى جميع الأحوال ، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة (م٧٠) .

القواعد الإجرائية فى الإثبات بشهادة الشهود :

٣٣٤- قررت أحكام النقض القواعد الإجرائية التالية فى الإثبات بشهادة الشهود :

المدعى هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه وتقديم الأدلة المؤيدة لها (٢) .

إجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم فى كل حالة ، وللمحكمة أن ترفض إجابته متى رأت أن لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد ، وكان فى أدلة الدعوى

=ص٨٠٠ ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص٢٣٢ . ونقض- جلسة ١٩٧٠/٣/٢١ - المرجع السابق . ص٥٣١ ونقض . جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨ . المرجع السابق . ص٧١٤ ونقض . جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ . المرجع السابق . ص٨٠٣ . ونقض . جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٥ . المرجع السابق . ص١١٦١ . ونقض جلسة ١٩٧١/١/٢٦ . المرجع السابق . السنة ٢٢ . ص١١٨ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢ . المرجع السابق . ص١٦٠ ،نقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ . المرجع السابق . ص٢١٧ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ - المرجع السابق . ص٢٢٨ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٣/٩ . المرجع السابق ص٢٢٦ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ . المرجع السابق - ص٥٠٦ . ونفس الجلسة . المرجع السابق . ص٥١٦ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٢/٢٧ . المرجع السابق . ص٥٢٤ . ونقض جلسة ١٩٧١/١١/٢٥ . المرجع السابق . ص١١٦١ . ونقض . جلسة ١٩٧١/٣/٢١- المرجع السابق . السنة ٢٢ . ص٢٨٩ .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ - المرجع السابق - ص١٢٦٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/١١/١٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٣ ص٨٩١ ، ونقض - جلسة ١٩٨٦/٦/٢٤ - الطعن ٧٩ لسنة ٥٥ق (أحوال) .

ما يكفى لتكوين عقيدتها (١) .

لمحكمة الموضوع ألا تجيب طلب الإحالة إلى التحقيق بالشهود متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التى إستندت إليها ما يكفى لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى التحقيق المطلوب (٢) .

إن ورود عبارة (أفهمناه) بسؤال وجهته محكمة أول درجة إلى شاهدى النفى لا تنم عن تلقين أو توجيه للشاهد من المحكمة بالشهادة لصالح أحد الخصوم ، ولكن يقصد بها إحاطة الشاهد بموضوع الشهادة حتى لا يخرج بها عن الوقائع موضوع التحقيق .

إنه وإن كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات ، إلا أن هذا ليس أمراً حتمياً يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق ، فلها أن ترجئ سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع (٣) .

عدم إلتزام المحكمة بذكر جميع أقوال الشهود ، حسبها الإشارة إلى ما ورد بها بما ينبئ عن مراجعتها (٤) .

حق محكمة الموضوع فى إستدعاء من ترى لزوم سماع شهادته جوازى لها متروك لمطلق تقديرها لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك(٥).

لا عبرة إلا بالشهادة التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ١ – مدنى وأحوال – ص٥٢١ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٣/١١ – المرجع السابق – ص٣٩٤ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٨ – ص٣٢٥ ونقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٧– المرجع السابق – ص٢٩٨ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ – م . م . ف – ٢٣–١–٨٤٣ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/١٣ – م . م . ف – ٢٣ – ١٣٧٧ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٣/١/١١ – م . م. ف – ٢٤–١–٦٢ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٧١/١١/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ١ – ص٨٩١ .

اليمين ، ولا قيمة لما يقدمه الشهود من إقرارات مكتوبة لأحد طرفى الخصومة .

إن تقدير الدليل والإطمئنان إلى أقوال الشهود هو من إطلاقات محكمة الموضوع ، عدم جواز المجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض (١) .

تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان قاضى الموضوع ولا سلطان عليه فى ذلك إلا ان يخرج بتلك الأقوال إلى ما يؤدى إليه مدلولها.

المدعى هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التى تؤيد ما يدعيه ، أن تلك الدعوى كانت مضمونة لملف النزاع ، وتحت بصر الخصوم فيه كعنصر من عناصر الإثبات يتناضلون فى دلالته (٢) .

لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى إن هى أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الإثبات فى الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (٣) .

يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلاً . ويبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه (م٧١) .

٣٣٤ مكرر – وجوب إعلان حكم التحقيق :

طلبت المدعية الحكم بنفقتها بأنواعها الثلاثة وبدل فرشها وغطائها على زوجها المدعى عليه من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ وأمره بالأداء إليها وإلزامه بالمصاريف والأتعاب .

حضر المدعى عليه فحجزت القضية للحكم ... وبجلسة ١٩٧٥/٢/٢

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ١– مدنى وأحوال – ص٣٠٥ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ – م . م . ف – السنة ٢٣ – ١–ص٨٤٢ .

حكمت المحكمة حضورياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق فى غيبتهما ...

ثم بجلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ حكمت معتبراً حضورياً بالطلبات .. (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان يجب إعلان منطوق الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إلى من لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها وإلا كان العمل باطلاً ، وكان الثابت أن الحكم بالتحقيق صدر بجلسة ١٩٧٥/٢/٢ محجوزة إليها للحكم ، ونفذ الحكم دون إعلان منطوقه للمدعى عليه ثم صدر الحكم فى الموضوع ، وإذ كان ذلك ، فإن الحكم إذ أغفل عن هذا الإجراء يكون مشوباً بالبطلان . (م٥ق الإثبات) .

ويكون التحقيق أمام المحكمة ، ويجوز لها – عند الإقتضاء – أن تندب قضائها لإجرائه . (م٧٢) .

ويستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفى فى الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع .

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضراً من الشهود فى تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور (م٧٣) .

وإذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر الجلسة . وإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على طلب شفوى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة ، ولا يجوز الطعن بأن طريق على قرار المحكمة .

الحق المخول للمحكمة فى المادة ٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بأن تستدعى للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود ، هذا الحق جوازى متروك لمطلق رأيها وتقديرها

---

(١) المنزلة – جلسة ١٩٧٠/٣/٣٠ – القضية ٢٤٢ سنة ١٩٧٤ – أحوال نفس – والقضية ٢١٠ سنة ١٩٧٣ – أحوال نفس المنزلة – جلسة ١٩٧٠/١/١٢ .

تقديراً لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (١) .

لمحكمة الإستئناف إستخلاص ما تطمئن إليه من أقوال الشهود ولو كان مخالفاً لما إستخلصته محكمة الدرجة الأولى ، وليس بلازم عليها أن تبين أسباب ذلك (٢) .

لمحكمة الإستئناف أن تذهب فى تقدير أقوال الشهود مذهباً مخالفاً لتقدير محكمة اول درجة ولا يكون عليها فى هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك ، وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله ، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما إطمأنت إليه ولو كان مخالفاً لما إستخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعتهم (٣) .

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة (م٧٤) .

ولا يجوز بعد إنقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم (م٧٥) .

وإذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور فى الجلسة المحددة ، قررت المحكمة أو القاضى المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه بالحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض ، فإذا لم يفعل سقط الحق فى الإستشهاد به .

ولا يخل هذا بأى إجراء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير (م٧٦) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/١١/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ٣مدنى وأحوال – ص٨٩ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧١/١٠/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢– العدد ٣– مدنى وأحوال – ص٩١٧ – ونقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ – المرجع السابق – العدد ٢– ص٥٠٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ٢ص٥٤٠ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ – المرجع السابق – ص٥١٦ . ص٥٠٦ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ – المرجع السابق – ص٥٧٤ . ونقض – جلسة ١٩٧١/٦/١٧ – المرجع السابق – ص٧٧٣ .

إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة الخصم أو للمحكمة ، وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم بالحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز فى أحوال الإستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد بالحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو من القاضى المنتدب (م٧٧) .

إذا كلف الشاهد الحضور تكليفًا صحيحًا ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش ويثبت الحكم فى المحضر ، ولا يكون قابلاً للطعن . وفى أحوال الإستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمرًا بإحضار الشاهد .

وفى غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتض ، وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف ، فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ، ويجوز للمحكمة أو القاضى إصدار أمر بإحضاره (م٧٨) .

ويجوز للمحكمة أو للقاضى المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذرًا مقبولاً (م٧٩) .

وإذا حضر الشاهد وإمتنع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين أو من الإجابة حكم عليه طبقًا للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات (م٨٠) .

وإذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضى المنتدب لسماع أقواله ، فإذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضى المنتدب والكاتب (م٨١) .

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبًا أو صهرًا لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثه أو مرض أو لأى سبب آخر (م٨٢) .

من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة (م ٨٣) .

ويؤدى كل شهادة على إنفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم (م٨٤) .

وعلى الشاهد أن يذكر إسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم (م٨٥) .

وعلى الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق ، وإلا كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك (م٨٦) .

ويكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب .

ويجيب الشاهد أولاً عن أسئلة الخصم الذى إستشهد به ، ثم عن أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة (م٨٧) (١) .

وإذا إنتهى الخصم من إستجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضى (م٨٨) .

ولرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيداً فى كشف الحقيقة (م٨٩) .

وتؤدى الشهادة شفاهاً ولا يجوز الإستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضى المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى (م٩٠) .

وتثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا إمتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر (م٩١) .

---

(١) ليس من شأن القاضى أن يلفت نظر الشاهد لإستكمال شروط تحمل الشهادة . نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص١٦٨٨ وما بعدها .

وتقدر مصروفات الشهود ، ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافدة على الخصم الذى إستدعاه (م٩٢) .

ويشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وإنتهائه مع بيان الجلسات التى إستغرقتها .

(ب) اسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(جـ) أسماء الشهود والقابهم وصناعتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

(د) ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ، ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع رئيس الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب (م٩٣) .

وإذا لم يحصل التحقيق امام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الإطلاع على محضر التحقيق (م٩٤) .

وبمجرد إنتهاء التحقيق أو إنقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب (م٩٥) .

ويجوز لمن يخشى فوات فرصة الإستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ، ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد .

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضى الأمور المستعجلة وتكون

مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود (م٩٦) .

ولا يجوز فى هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الإعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته (م٩٧) .

وتتبع فى التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه فى المواد ٦٩ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٩٤ (م٩٧) .

هذه الأحكام المتقدمة من الوضوح بحيث لا تحتاج إلى شرح (١) :

وقد يجوز الفقهاء الشرعيون الشهادة على الدخول والزفاف والتعريس من غير معاينة من الشاهد ، وأجازوا له أن يشهد بما لم يعاينه فى أمور منها الدخول والنكاح ، بل أجازو الشهادة على الشهادة فى هذا المضمار (٢) .

إن المنصوص عليه شرعًا أن حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها ، جاء فى (معين الحكام – طبعة ١٣٠٠ هـ الحكومية – ص٧٢) ما نصه : « حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها . كأن يحلف على صحة شهادته إذا أداها ، وذلك قادح فيها ، لأن اليمين دليل التعصب وشدة الحرص على نفوذها . إلا أن يكون الشاهد من جملة العوام ، فإنهم

---

(١) وقضى بأن من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية إنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى ، فإن خالفتها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق ، إلا أن هذا الشرط وعند الحنفية كذلك لا يجد محلاً يرد عليه إذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شئ زائد على موضوع الدعوى (نقض – جلسة ١١/٢/١٩٧٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢١ – العدد ١ – مدنى وأحوال – ص٢٩٠) .

(٢) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ٢٤/٦/١٩٥٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤ ، العدد ١ و ٢ و ٣ – ص٩٠ .

يتسامحون فى ذلك ، فينبغى أن يعذروا ما لم تقم قرينة على التعصب».(١).

وإختلفت وجهات نظر المحاكم الشرعية فى إجازة الأخذ بشهادة الأخ والخال فى إثبات الضرر فى دعوى التطليق .

فذهب رأى فيها إلى جواز شهادتهما .

بينما ذهب رأى آخر إلى إعتبار شهادتهما غير جائزة .

ونؤيد الرأى الأول ، لأنهما ليسا من المهتمين فى شهادتهما (٢).

أصول شرعية فى الشهادة والإشهاد فى الوراثة:

١- فى مادة إثبات وراثة ....

إكتفت المحكمة بذكر أن شهادة الشاهد الثانى تطابق شهادة الشاهد الأول ودون أن تثبت شهادة الثانى بمحضر التحقيق (٣).

ويؤخذ على هذا القرار أنه لما كان المقرر فى القانون (المادة ٣٥٩ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمواد ٧٨و٩١و٩٣ من قانون الإثبات

---

(١) المنصورة الكلية الشرعية - جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ٣و٤ - ص١٨٣ .

(٢) دمياط الشرعية - جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ - القضية ٤٧ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس كلى ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ، للقاضى الشيخ على قراعة - طبعة ١٩٢٥ ص١٦٩ وما بعدها .

(٣) المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٤٥ و ٣٤٩ و ٣٥٤ و ٣٥٠ و ٣٣٨ و ٣٤٨ و ٣٤٦ وراثات بندر الزقازيق و٢٥٤ و٢٤٩ و ٢٣٧ و ٢٣٥ و ٢٣١ و ٢٢٥و ٢٠٧ و ٦٩٨ و ١٨٩ و١٩٧ وراثات مركز الزقازيق و ٢٩٨ و ٣٠٦ و ٢٧١ و ٢٤٠ و ٢٢٠ و ٢٠٧ و ١٧٢ و ٢٣٤ و ٣٠٤ و ٢٦٢ سنة ١٩٧٥ وراثات بلبيس ، ٣٣٦ سنة ١٩٧٥ وراثات مركز شبين الكوم و ٣٢٢ و ٣٠٢ و ٣٠٦ و ٣٠١ و ٢٩٨ و ٢٩٥ و ٢٩٢ و ١٥٥ و ١٨٤ و ٢٤٧ و ٣١٥ و ٢٢٢ و ٢٣٢ و ٢٣٠ و ٣١١ سنة ١٩٧٥ وراثات مركز شبين الكوم ٥ و ٧٩ سنة ١٩٧٤ وراثات أبو قرقاص و ٨٣ و ٨٤ و ٧٣ و ٦٨ و ٦٧ و ٥٧ و ٥٢ و ٢٤ و ٢٠ و ٩٢ و ٨٢ و ٦٩ و ٤٩ سنة ١٩٧٤ وراثات أبو قرقاص ، ٩٠٦ سنة ١٩٧٤ وراثات الزيتون والمواد ٨٦٠ و ٨٦٢ و ٨٥٤ و ٨٣٤ و ٨٩٤ و ٨٨٤ و ٧٦٤ و٨٨١ و ٩١٤ و ٩٠٢ و ٧٣٥ سنة ١٩٧٤ وراثات الزيتون والمواد ٢٨٦ و ٢٨٩ و٢٩٠ و ٣٥١ و ٣٥١ و ٣٥٧ و سنة ١٩٧٤ وراثات الخليفة .

رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ، أن يكون أداء كل شاهد لشهادته بغير حضور باقى الشهود ، وأن تثبت إجابات الشهود فى المحضر ، ثم تتلى على الشاهد أقواله ويوقعها وأن يذكر بالمحضر ما أبداه الشهود وما يفيد تحليفهم اليمين – وإذ لم يلتزم القرار هذه القواعد ، فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون وإجراءاته .

٢– ثبت بالإشهاد وفاة المورثة وإنحصار إرثها فى والدتها وإستحقاقها ثلث تركتها فرضًا وفى أخويها الشقيقين ولهما باقى التركة تعصيبًا بالسوية بينهما (١) .

ويؤخذ على هذا القرار خطوة فى تطبيق القانون ، إذ جعل سهم الأم فى التركة الثلث فرضاً ، حال وجود جمع من الإخوة ، وهو ما يحجبها حجب نقصان من الثلث إلى السدس عملاً بنص المادة ١٤ من قانون المواريث .

---

(١) المادة ١٦٣ سنة ١٩٧٤ وراثات قنا

الفصل الثانى

شهادة الإستكشاف

قواعد عامة :

٣٣٥– بقيت فى اللائحة الشرعية – وفى صدد الشهادة – مادتان بعيداً عن دائرة الإلغاء الذى أجراه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وهاتان المادتان هما : ١٧٩ الخاصة بشهادة الإستكشاف ، ١٨١ الخاصة بشهادة الإيصاء أو الوصية .

ومما تجدر الإشارة إليه أن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعى ، ومنها ما هو إجرائى .

فبالنسبة للمسائل المدنية التجارية فقد كان القانون المدنى ينظم قواعدها الموضوعية ، وكان قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ينظم القواعد الإجرائية وجاءت أحكام قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ منظمة للنوعين معاً .

أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية والوقف فإنه يتبع فى قواعد الإثبات الموضوعية أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ويتبع بالنسبة للقواعد الإجرائية قانون الإثبات الذى حل محل قانون المرافعات فى شأنها عملاً بالمادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة الأولى من إصدار القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالإثبات .

وإن الشهادة على ست مراتب (١) .

الأول – شهادة أربعة رجال ، وذلك فى أشياء منها الرؤية فى الزنا ، بإجماع .

الثانية – شهادة رجلين ، وذلك فى جميع الأمور عدا الزنا .

---

(١) القاهرة الإبتدائية – دائرة الأحوال الشخصية – جلسة ١٩٥٨/٢/٢٣ – القضية رقم ١٠٨ سنة ١٩٥٨ – المحاماة – السنة ٣٨ – العدد ١٠ ص١٢٨٤ وما بعدها .

الثالثة – شهادة رجل وامرأتان وذلك فى الأموال الخاصة دون حقوق الأبدان والنكاح والعتق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله وإختلف فى الوكالة على المال وأجازها أبو حنيفة فى النكاح والطلاق والعتق وأجازها الظاهرية مطلقاً .

الرابعة – شهادة إمرأتين دون رجل ، وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والإستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء ، وقيل يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا عند الجيران وينتشر ، وقال الشافعى لابد من أربع نسوة وأجاز أبو حنيفة شهادة إمرأة واحدة .

الخامسة – رجل مع يمين ،وذلك فى الأموال الخاصة .

السادسة – إمرأتان مع يمين ، وذلك فى الأموال أيضاً .

كما أن المقرر شرعًا أن شهادة الشاهد قد ترد لفسق أو لعداوة أو لصغر أو لرق أو لكفر ، فإذا ردت شهادة واحد من هؤلاء ثم زال المانع بأن تاب الفاسق وزالت العداوة وكبر الصغير وعتق الرقيق وأسلم الكافر ، فله أن يشهد بعد زوال المانع بالحق الذى شهد به أولاً . أما إذا ردت شهادة الشاهد بسبب من غير هذه الأسباب فالصحيح من المذهب أن الشهادة إذا ردت لسبب فى الشاهد نفسه كالصغر والرق والكفر والعمى ثم زال المانع كما تقدم وأراد أن يشهد ثانيًا لم تقبل منه الشهادة إلا فى المواضع المشار إليها سابقاً (١) .

وقد قال إبن القيم (٢) إنه لا يشترط فى صحة الشهادة ذكر لفظ (أشهد) بل متى قال الشاهد : رأيت كيت ، وكيت أو سمعت أو نحو ذلك كانت شهادة منه ، وليس فى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على إشتراط لفظ شهادة ولا عن رجل واحد من الصحابة ولا قياس ولا إستنباط يقتضيه ، بل الأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفى ذلك

---

(١) بلقاس الشرعية - جلسة ١٩٥٥/٢/٢٨ القضية ٢٤٣ سنة ١٩٤٥ شرعى

(٢) الطرق الحكمية لإبن القيم الجورية ص١٨٢

وتضمن منشور الحقانية (١) أن الوزارة لاحظت أن كثيراً من المحاكم تقرر قصور الشهادة ، مع أنها لو ناقشت الشاهد فى الوقائع التى دعى للشهادة عليها وإستعملت الأناة فى الإستفهام والإستعلام لا تنفى القصور عن الشهادة وظهر الحق وتيسر إنصاف صاحب الدعوى وعدم تأذى الشهود من عدم قبول شهادتهم وعدها قاصرة ، وما السبب فى ذلك فى الحقيقة إلا عدم مناقشة القاضى إياهم فى الوقائع بالدعوى ، كما أن التغالى(٢) أدى بالبعض إلى توجيه أسئلة للشهود عن جزئيات قلما يتفق فى الإجابة عليها إثنان فى مجلس واحد ، كنوع الملابس وألوانها وألوان الطعام كذلك وعدد الأدوات الموجودة بالمكان الذى فيه الشاهد وغير ذلك مما هو زائد عما يكلف الشاهد الإحاطة به أو هو فوق المستطاع .

شهادة الإستكشاف :

٣٣٦- تنص المادة ١٧٩ من اللائحة الشرعية على أنه :

« تكفى شهادة الإستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر » .

وشهادة الإستكشاف هى شهادة الإخبار الواقعة لمجرد الإستعلام وإستطلاع الرأى كإخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكى .

ولما كان إبداء الرأى فى حد ذاته لا يعد شهادة تقرر عدم إشتراط لفظ (أشهد) فى مثل هذه الحالة إكتفاء بمجرد الإخبار ممن تتوافر فيه الثقة .

ويكتفى بهذا الإستكشاف فى القضاء بالنفقات على إختلاف أنواعها ، أى سواء أكانت للزوجة أو الأقارب ، وفى أجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشئ مما ذكر .

وقد يضطر القاضى إلى الإلتجاء إلى هذه الطريقة للإستعانة بها على

---

(١) منشور الحقانية رقم ٥ بتاريخ ١٩١٦/١/١٧ .

(٢) منشور الحقانية رقم ٥ بتاريخ ١٩٢١/١/١٦ ، وشرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – ص٢٦١ .

ما يمكنه من إحكام التقدير فى مواد النفقات وما يلحق بها إذا هى أقرب الوسائل للإهتداء إلى الصواب فى هذه الظروف ، ولا يشترط فيها ما يشترط فى الشهادة المباشرة أو السماعية ، بل يكفى أن يطمئن القاضى إليها ، أو لا يطمئن إليها فيطرحها (١) .

ولما كانت شهادة الإستكشاف – فى إطار ما تقدم من المبادئ – هى مجرد إبداء الرأى ، ومن ثم كانت لا تعد شهادة فى حد ذاتها : فإنه لذلك من غير اللازم أن يقول الشاهد (أشهد) ولا أن يحلف يميناً .

كما أنه ليس ما يمنع فى شهادة الإستكشاف إحالة دعاوى النفقات وأجور الحضانة والرضاع والمكن والشروط التى يتوقف عليها شئ مما ذكر إلى التحقيق وتمكين المدعى عليه من النفى بشهادة الشهود أخذاً بالمبدأ العام والأساسى الذى تقرره المادة ٦٩ من قانون الإثبات والواجب الأخذ به دائمًا ، والقائل بأنه ليس عدلاً أن يمكن خصم من إثبات مدعاة بشهادة الشهود ، ولا يكون فى مكنة الخصم الآخر أن تبقى هذا الإدعاء بذات الطرق.

وفيما خلا ما تقدم من أحكام شهادة الإستكشاف فإنه تسرى فى شأنها قواعد الشهادة وإجراءات سماع الشهود وتقدير وترجيح شهادة شاهد على آخر القواعد المبينة فى الفصل السابق فيما لا يتعارض مع أحكام المادة ١٧٩ من اللائحة الشرعية .

الشهادة بالإيصاء أو الوصية :

٣٣٧– تنص المادة ١٨١ من اللائحة الشرعية على أنه :

« تكفى الشهادة بالإيصاء أو الوصية وإن لم يصرح بإصرار الموصى إلى الوفاة » .

وقد يبدو أن ثمة تعارض بين هذه المادة ٩٨ من اللائحة الشرعية – والمعمول به للآن – والواردة فى الفصل الثالث (فى سماع الدعوى) من

---

(١) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين احمد قمحة وعبد الفتاح السيد – ص٣٦٤ .

الباب الثانى منها – ومما يحمل على هذا الإعتقاد أن دعوى الوصية أو الإيصاء (١) فى حكم المادة ٩٨ من اللائحة الشرعية – لا تسمع إلا بالأدلة الكتابية المبينة هناك .. إلخ . على حين أن مقتضى المادة ١٨١ من اللائحة المذكورة أن الشهادة مقبولة .

فهل هناك تعارض حقيقى بين المادتين ؟

الواقع أن المناقشة التى دارت حول المادة المقابلة من اللائحة الشرعية الملغاة بمجلس شورى القوانين تفيد أن تلك المادة لم توضع إلا لغرض خاص وهو ما إذا دعت الحاجة إلى تقوية الدليل الكتابى بشهادة الشهود فإنها تكون مقبولة ولو لم يصرح الشاهد بأن الموصى مات وهو مصر ، وفى هذا من الحذق فى وضع الأحكام ما لا يخفى ، لأن هذا النص أريد به الخروج عما كان متبعًا من قبل ، وهو تكليف مدعى الوصية إثبات أن الموصى بقى مصراً إلى أن مات ، إما والنص كما تقدم ، فقد أصبح عدم الإصرار هو العارض ، فعلى من يدعيه إقامة الدليل عليه (٢) ، وعلى هذا يمكن القول بإنتفاء التعارض الظاهرى بين المادتين (٣) .

وشهادة الإستكشاف كافية فى فرض النفقة بأنواعها ، على أنه قد تفرض النفقة بدون شهود أصلاً إكتفاء بوثيقة الزواج التى لم تكن دالة إلا على مجرد الزوجية (٤) درجت المحاكم الجزئية فى إثبات المسكن بشهادة الإستكشاف ، لأن لفظ المادة يحتمل ذلك ، فلا يكون ترك تحليف الشاهدين مبطلاً لشهادتهما (٥) .

---

(١) الوصية تصرف إلى ما بعد الموت – والإيصاء هو إقامة إنسان غيره مقام نفسه ليتصرف فى تركته بعد وفاته (العليا الشرعية – جلسة ١٩٣٤/٩/٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٥ – ص٨٤٦ .

(٢) محاضر مجلس شورى القوانين سنة ١٠٩ – ١٩١٠ – ص٥٢٦ .

(٣) شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – ص٣٦٢ .

(٤) أبو قرقاص الشرعية – جلسة ١٩٢٩/١٢/١٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٨ – ص٤٣٥ وما بعدها .

(٥) السيدة زينب الشرعية – جلسة ١٩٣١/١٢/٢٢ – المحاماة الشرعية – السنة ٥– ص٨٩٦ وما بعدها

المنشــور رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ – سنة ١٩٣٠ بشــأن شــهادة الزور:

٣٣٨ – أصــدرت الحــقــانيــة فى ١/ ١٠/ ١٩٣٠ المنشــور رقــم ٢٥ سنة ١٩٢٩ / سنة ١٩٣٠ مــتــضــمــنًا أن الوزارة لاحظت أنه رغــمًــا عن تعــدد الشكاوى من كــثــرة شــهــود الــزور أمــام المحــاكم الشــرعــيــة ، فإنه لم يــتــخــذ ضــدهــم شئ مــن الإجــراءات القــانونيــة – ولما كــانت المادة ١٩٣ من لائحــة ترتيب المحــاكم الشرعية (القــديمة) تنص على أن « للقــاضــى إذا ثبت لديه أن الشاهــد شهــد زورًا أن يحرر محضرًا بذلك ويرسله إلى قــلــم النائب العمومى المختص ، ويكون هذا معتبرًا أمام المحاكم الأهــليــة – لذلك فإن الوزارة تلفت النظر إلى العناية التامة بتعرف شهود الزور وتحــرير المحاضــر بتزويرهــم ، وإرسالها لقلم النائب العمومى حتى يكون فى ذلك ردع لهم وصيانة للحقوق من عبثهم (١) .

الأصول الشرعية فى الشهادة :

من شروط تحمل مــعاينة الشاهد المشهود عليه بنفسه لا بغيره فــيما لا تقبل فيه الشهادة بالتسامع ، والطلاق من بين ما لا تقبل فيه .

إن الشــهادة فى إصطلاح الفــقــهاء – وعلى ما جــرى به قضــاء النقض – هى إخبار صادق فى مــجلس الحكم بلفظ الشــهادة لإثبات حق على الغير ولو بلا دعــوى ، ويشــتــرط فى الشــاهد الإسلام إذا كــان المشــهــود عليه مسلمًــا ، وعللوا ذلك بأن الشــهادة فرع من فــروع الولاية لما فيهــا من الإلــزام بالحكم ، ولا ولاية لغــيــر المسلــم على المسلــم . وإذ كــان الحــكم المطعــون فــيــه – على الأســاس المتقــدم – لم يقــبل الإقــرارات المنســوبة إلى الســيدات النمســاويات ، لأنها صــدرت فى غير مــجلس القــضــاء ومن مســيــحيات عــلى مسلم ، ذلك أن الفقه المعمول به لا يجيز شــهادة غير المسلم على المسلم قصــدًا لأنها من باب الولاية عــلى مــا ســلــف والإقرارات المقــدمة تتضــمــن شــهادة مقــصــودة من غــيــر

---

(١) هذا المنشــور منشــور بمجلة المحاماة الشرعية – السنة ٢ - العــدد ٢– ص١٩١ ، وانظر بحث : طرق الإثبات الشرعية - للمرحــوم الأستــاذ الشيخ أحمد إبراهيم مــجلة الحقوق – السنة ١- العدد ١– ص١ وما بعدها

المسلم ، ووجود المسلم فى غير دار الإسلام لا يعتبر ضرورة مسوغة لهذه الشهادة فقهًا ، كما أن الولاية مقطوعة بإختلاف الدارين بين مقدمى الإقرارات – السيدات النمساويات – وبين الزوجين – لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه ، إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة ، يكون قد إلتزم المنهج الشرعى السليم ولا يكون النعى عليه فى محله (١) .

دعوى نفقة ...

طلب المدعية الحكم على زوجها المدعى عليه بنفقتها بأنواعها الأربعة من أول يوليو سنة ١٩٧٣ وأمره بالأداء إليها مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب.

وبعد سماع شهود الطرفين ... حكمت المحكمة حضورياً على المدعى عليه بأن يؤدى لزوجته المدعية شهرياً من أول اغسطس سنة ١٩٧٣ مبلغ ٥٠٠ قرشاً لنفقتها بأنواعها الثلاثة وألزمته بالمصاريف ومائتى قرش أتعاب محاماة ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل.. كبيان شروطه الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى – خاضعة للقواعد المقررة فى فقه المذهب الحنفى بالإعمال للمواد ٥ ، ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ، وكانت قواعد هذا الفقه تقضى بأنه إذا شهد الشهود بأكثر من الدعوى لم تقبل شهادتهم ، بمعنى انها لا تصلح دليلاً فى الدعوى ، لأن المدعى يعتبر مكذباً لهم فيما شهدوا فتكون شهادتهم باطلة ، وإذا شهدوا بأقل من الدعوى ، فإن وافقهم المدعى وعدل عما لم يشهدوا به قبلت شهادتهم وإعتبرت دليلاً صحيحاً فيما وافقهم عليه ويقضى له به . أما إذا بقى مصراً على دعواه بأكثر مما شهدوا به فلا يقضى له بشئ ، ولأنه أيضًا يعتبر مكذباً لهم فى الإدعاء بأكثر – وإذا كان ذلك وكان شهود الدعوى لم يتفقوا

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٥/٦/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٦ – مدنى واحوال – ص٩٧٩ .

(٢) بندر دمنهور – جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ – القضية رقم ٢٩ سنة ١٩٧٤ احوال نفس جزئى ، و٤١ سنة ١٩٧٤ احوال نفس رأس البر ، جلسة ١٩٧٤/١١/٨ .

على تاريخ محدد ، فإن الحكم إذا إستخلص تاريخاً متيقناً من أقوال الشهود فيما يتعلق ببدء إستحقاق المدعية للنفقة ولمدة تقل عن المطلوب بالدعوى ودون موافقة المدعية ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه (١) .

طلب إثبات وفاة ... ووراثة .

إستمعت المحكمة إلى شاهدى الطلب .

حلف الأول يميناً ... وأدلى الثانى بأقواله غير مسبوقة بأداء اليمين .

وبجلسة ٢٠/١٠/ ١٩٧٥ قررت المحكمة ضبط المادة (٢) .

ويؤخذ على هذا القرار أنه لما كانت المادة إثبات وراثة توجب أن يحلف الشاهد يميناً بأن يقول الحق ، وألا يقول إلا الحق ، وإلا كانت شهادته باطلة- إذ كان ذلك ، وكانت المحكمة قد إستمعت لشاهد دون أن يحلف اليمين ، فإن الحكم إذ إعتد بشهادته يكون مخالفاً للقانون .

مادة وراثات ...

خلو محضر التحقيق - الذى دونت المحكمة أقوال الشهود فيه من توقيع السيد/ القاضى والكاتب والشهود بالمخالفة لنص المادتين ١٩٣ح و٩١ من قانون الإثبات (٣) .

أصول مدنية حديثة فى شهادة الشهود :

٣٣٨ مكرر ١- إذا كان من المقرر فى فقه الحنفية أنه يشترط لقبول

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٣/١/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى وأحوال - ص٣٠ ، وتقرير الرافعى على حاشية رد المختار - جزء ٢ - ص٢١١ ، وإبن عابدين - جزء ٤ - ص٤٠٥ فى باب الإختلاف فى الشهادة، والفتاوى المحمدية- الفصل الثانى - الباب الرابع - كتاب الشهداء - جزء ٣ - ص٥٠٢ وما بعدها ، والبحر الرائق - لإبن نجيم - جزء ٤ - ص٢٢٩و٢٣٢ . وجامع الفصولين- جزء ١ - الفصل ١١ - فى الإختلاف بين الدعوين والشهادة .

(٢) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٦ - المادة ٢٨ سنة ١٩٧٥ وراثات .

(٣) فارسكور - جلسة ١٩٧٥/١١/١٧ - المادة ١١٠ سنة ١٩٧٥ وراثات . والمادة ١٣٩ سنة ١٩٧٥ والمادة ١٤٠ سنة ١٩٧٥ وراثات فارسكور .

الشهادة على الإرث أن يبين الشاهد سببه وطريقه وأن ينسب الميت والمدعى حتى يلتقيان إلى أب واحد ، وأن المعتبر فى هذا المقام هو التعريف ، وكان الثابت من التحقيق أن شهود الطاعن نسبوه والميت إلى الجد الجامع (....) وإلى الجدة الجامعة (....) وهو قدر كاف للتعريف بهما، فإن الحكم المطعون فيه إذ رد شهادة شهود الطاعن لعدم بيان إسم الجدة الجامعة منسوباً إلى أبيها وجدها يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

٢- الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بنفسه ، وإستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى ، ومنها ما هو على الصحيح كأصل الوقف ، ومنها ما هو على الأصح كالمهر ، ومنها ما هو على أحد قولين صحيحين كإشتراط الواقف ومنها ما هو على قول مرجوح كالعتق الولاء ، فأجازوا فى هذه المسائل بالتسامع من الناس إستحساناً وإن لم يعاينها الشاهد بنفسه - وإذ كانت الواقعة المشهود بها فى الدعوى الماثلة ، وهى رضاع الطاعنين من إمرأة واحدة ليست من المسائل المشار إليها ، فإنه لا تقبل الشهادة عليها بالتسامع (٢) .

٣- المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه وإن كان يتعين لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى ، وأن ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الآخر . إلا أنه لا يشترط أن تكون هذه الموافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما إدعاه المدعى ، وأن تتطابق أقوالهم فى اللفظ والمعنى معًا ، بل يكفى أن توافق شهادتهم بعض المدعى به وأن تتوافق أقوالهم فى إفادة المعنى المقصود بالدعوى(٣) .

٤- من الأصول المقررة شرعًا وجوب إنتفاء التهمة عن الشاهد فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه أما سائر القرابات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض وذلك ما لم تتوافر لها

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ - الطعن ٤٣ لسنة ٤٨ق (أحوال شخصية) .
(٢) نقض - جلسة ١٩٨١/٥/١٢ - الطعن ٤٠ لسنة ٥٠ق (أحوال شخصية) .
(٣) نقض - جلسة ١٩٨١/٣/٣١ - الطعن ٣٣ لسنة ٥٠ق (أحوال) .

أسباب التهمة فى جر مغنم أو دفع مغرم (١) .

٥- المقرر شرعاً أن من شروط قبول الشهادة إنتفاء التهمة من الشاهد بألا يكون فى شهادته جر مغنم له ودفع مغرم عنه أو أن يكون ميل طبيعى للمشهود له أو ميل على المشهود عليه أو أن يكون بينه وبين المشهود عليه عداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو خصام او ما فى ذلك(٢) .

٦- الراجح فى فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه فى نطاق الدعوى عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن شهادة التسامع لا تقبل إلا فى بعض الأحوال وليس منها التطليق للضرر (٣) .

٧- لما كان يبين من أقوال شاهدى المدعية فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة - (فى طلب التطليق للهجر) - أن أحدهما وإن شهد بالتسامع على بعض وقائع الضرر إلا أن ما شهد به من ضرر تمثل فى طرد الطاعن للمطعون عليها من منزل الزوجية وهجره لها جاء شهادة عيان وليس شهادة تسامع ووافقت شهادته شهادة العيان للشاهد الثانى فى هذا الصدد ، فإن الحكم إذ عول فى ثبوت الضرر الموجب للتفريق على هذه البينة التى توافرت فيها شروط قبولها شرعًا لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (٤) .

٨- المقرر فى المذهب الحنفى قبول شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه مما تقبل معه شهادة الأخ لأخيه(٥).

٩- المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٢٤ - الطعن ٣٩ لسنة ٥٤ق ، ونقض - جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩ - الطعن ٩ لسنة ٥١ق (احوال) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٣/١١/٢٠ - الطعن ٢ لسنة ٥٣ق (احوال شخصية) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ - الطعن ٦ لسنة ٥٣ ، ونقض جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ - الطعن ٤٧ لسنة ٥٢ق (احوال) .

(٤) نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٨ - الطعن ٦٣ لسنة ٥٣ق .

(٥) نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/٢٩ - الطعن ٣ لسنة ٥٤ق (احوال شخصية) .

السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضى بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها ، وأن المشرع بعد أن نقل حكم التطليق للضرر من مذهب الإمام مالك لم يحل فى إثباته إلى هذا المذهب ، كما لم ينص على قواعد خاص فى هذا الشأن ، فيتعين – وعلى ما جرى به قضاء النقض – الرجوع فى قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ سالفة الذكر فتكون البينة من رجلين أو من رجل وإمرأتين فى خصوص التطليق للضرر (١) .

١٠– عدم قبول شهادة زوج الطاعنة لها – تضحى معه شهادة شاهدها الآخر منفردة لم يكتمل معه نصاب البينة الشرعية وهو شهادة رجلين عدلين أو رجل وإمرأتين عدول (٢) .

١١– المقرر فى قضاء النقض أن لا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا (٣) .

١٢– من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن النسب يثبت « بالفراش الصحيح» وهو الزواج الصحيح ، « وملك اليمين» وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة ، كما أن المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود وهو زواج فاسد ، يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ، ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦ – الطعن ٦٥ لسنة ٥٢ق .

(٢) نقض – جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧ – الطعن ٤ لسنة ٥٢ق .

(٣) نقض – جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢ – الطعن ٦٢ لسنة ٥٤ق .

(٤) نقض – جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ – الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٥٥ق .

الباب الثالث

القرائن ، وحجية الأمر المقضى

أولاً : القرائن :

٣٣٩– لم يورد القانون المدنى ولا قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من بعده تعريفاً للقرينة – خلافاً لما فعل القانون الفرنسى .

والقرينة فى اللغة تعريف ، وفى الإصطلاح تعريف آخر .

فهى فى اللغة الزوجة ، فيقال قرينة الرجل أى زوجته (١) .

وهى فى **الإصطلاح** إستنباط مجهول من معلوم .

والقرائن نوعان: قرائن قانونية ، وقرائن قضائية .

فالقرائن القانونية هى التى ينص عليها المشرع صراحة .

والقرائن القضائية هى التى يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى .

والقرائن القانونية إما قاطعة (أى يقتضى النص عليها بمنع إثبات عكسها ، وإذا لم ينص القانون على هذا المنع كانت القرائن غير قاطعة (٢) .

حجيتها فى الإثبات :

٣٤٠– وقد نصت على القرائن بنوعيها ، وبينت حجيتها فى الإثبات المادتان ٩٩ ، ١٠٠ من قانون الإثبات .

---

(١) مختار الصحاح – طبعة ٣ – ص٥٥٩ .

(٢) يرجع للأساتذة فى أحكام القرينة القانونية والقرينة القضائية المراجع التالية : نظرية الإثبات – للدكتور عبد السلام ذهنى – ص٧٤ وما بعدها ، ورسالة الإثبات (موجزة) للأستاذ أحمد نشأت . ص٢٩٥ وما بعدها . والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، للدكتور أحمد أبو الوفا ، المجلد ٢ ، ص١١٨٩وما بعدها ، والتعليق على قانون الإثبات للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز – ص٤٢ وما بعدها – والقرينة والقاعدة الموضوعية – بحث للأستاذ عوض محمد عوض المر– مجلة قضايا الحكومة .

فنصت المادة ٩٩ منه على أن القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

وقد قضى بأن التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين يعتبر حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . وبقاء التأشير المطلوب حافظاً لقوته فى الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع(١) .

وتقضى المادة ١٠٠ من قانون الإثبات بأن يترك لتقدير القاضى إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود .

إن تقدير القرائن القضائية مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك متى كان الإستخلاص سائغاً ، إن إستناد الحكم إلى جملة قرائن يكمل بعضها البعض ، ومن ثم فلا يقبل من الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة (٢) .

إن إستقلال محكمة الموضوع بتقدير القرائن القضائية وبإطراح ما ترى طرحه منها ، شرط ذلك أن تطلع المحكمة على هذه القرائن وتخضعها لتقديرها ، إن عدم بحث المحكمة هذه القرائن قصور (٣) .

إن إستنباط القرائن القضائية فى الدعوى وتقدير أقوال الشهود فيها من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ويعتمد عليها فى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٥/٣/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٦ – ص٤٠٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٩٥٩ . ونقض– جلسة ١٩٦٩/١/٤ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – العدد ١– مدنى وأحوال – ص٩٥ . ونقض – جلسة ١٩٧٠/٣/٤ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٤٠٤ وما بعدها .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٧٤٨ .

تكوين عقيدته لا رقابة لمحكمة النقض عليه متى كان بأسباب سائغة (١) .

إن القرينة القضائية من الأدلة التى لم يحدد القانون حجيتها ، تقدير القرائن القضائية من مطلق تقدير القاضى (٢) .

القول بإستقلال محكمة الموضوع بتقدير القرائن القضائية وبإطراح ما لا ترى الأخذ به منها ، محله أن تكون قد أطلعت عليها وأخضعتها لتقديرها، فإذا بان من الحكم أن المحكمة لم تطلع على تلك القرائن ، وبالتالى لم تبحثها ، فإن حكمها يكون قاصراً قصوراً يبطله (٣) .

لمحكمة الموضوع سلطة فى تقدير القرائن التى لم يحدد القانون حجيتها ، ولها وهى تباشر سلطتها فى تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون أخرى متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، ومن ثم فإن المجادلة فى أخذها بأقوال الشهود دون القرائن لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فى تقديرها للأدلة المقدمة إليها مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض (٤) .

عدم توقيع جميع الشركاء على عقد القسمة ، لا يمنع المحكمة من أن تتخذه قرينة على ثبوت وضع يد مدعى الملكية .

إن قضاء محكمة الموضوع بأن التصرف ساتر لتصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، إستناداً للقرائن المقبولة التى أوردتها ، هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى ، لا رقابة عليها لمحكمة النقض (٥) .

لا تلتزم محكمة الإستئناف بالتحدث فى حكمها عن كل قرينة من القرائن القانونية التى يدلى بها الخصوم إستدلالاً على دعواهم من طريق

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٥٩٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/٤ - المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٩٧٢ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ م ٠ م٠ ف – ٢٤–١–١١٩، ١٢٤ ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٦ - المرجع السابق ص١٤٤

(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٥ - مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – مدنى وأحوال - ص٤٨٨

(٥) نقض جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ٢ – مدنى وأحوال ٨٠٩ و ٨٢٨

الإستنباط ، كما أنها غير مكلفة بأن تتبع أقوال الطاعن أو أسباب الحكم الإبتدائى بشأنها ، وترد على كل منها إستقلالاً ، إذ أن قيام الحقيقة التى إقتنعت بها وأوردت دليلها ، التعليل الضمنى لإطراح هذه الأقوال ، لما كان ذلك فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون مجادلة موضوعية فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التى أخذت بها تلك المحكمة ، وهو ما لا يجوز [1] .

لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير القرائن التى لم يحدد القانون حجيتها ، ولها وهى تباشر سلطتها تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون أخرى متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، ومن ثم فإن المجادلة فى أخذها بأقوال الشهود دون القرائن لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فى تقديرها للأدلة المقدمة إليها مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض[2].

ثانياً – حجية الأمر المقضى وتعلقها بالنظام العام :

٣٤١– تقضى المادة ١٠١ من قانون الإثبات بأن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية [3] ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – العدد ٢ – مدنى وأحوال – ص٥٠٦ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧١/٤/١٥ – مجموعة المكتب الفنى– السنة ٢٢ – العدد ٢– مدنى وأحوال – ص٤٨٨ .

(٣) تضمنت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠١ من قانون الإثبات أن المحكمة تقضى بحجية الشئ المقضى من تلقاء نفسها ، أى أنها غدت تحاكى ما أخذ الفقه طويلاً وأحكام القضاء بأن هذه الحجية من النظام العام (يراجع بحث : الدفع بحجية الأمر المقضى يعتبر من النظام العام – للدكتور إدوارد غالى الذهبى – المحاماة – السنة ٤٢ – العدد ٥ – ص٥ – وما بعدها . والمراجع التى أشار اليها فى بحثه . وذلك إعتباراً بأن تلك الحجية تقوم على الرغبة فى وضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز صدور أحكام متعارضة مما يغض من كرامة القضاء ، وهى إعتبارات تتعلق بالنظام العام لأنها تمس مصلحة جوهرية للمجتمع هى الحاجة إلى إستقرار الحياة الإجتماعية (حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى – رسالة دكتوراه – للدكتور إدوارد غالى الذهبى – ص٥٢) . وقد أكدت هذه الحقيقة أيضاً المذكرة الإيضاحية=

الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

كما تقضى المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أن القاضى المدنى لا يرتبط بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها وكان فصله فيها ضرورياً .

إن تقدير الدليل لا يحوز قوة الأمر المقضى ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إذا هو أخذ بشهادة شهود فى قضية أمام محكمة أخرى ولو أطرحت تلك المحكمة التحقيق فيها ، لأن للقاضى أن يستنبط القرينة التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته من أى تحقيق قضائى أو إدارى (١) .

حجية الأحكام الصادرة من جهة أخرى وعناصر حجية الأمر المقضى:

٣٤٢- الحكم الصادر من جهة قضائية غير مختصة لا حجية له أمام جهات القضاء الأخرى ، ولكن له حجيته أمام محاكم الجهة التى أصدرته ولو خرج فى قضائه عن الولاية التى منحها المشرع لتلك المحاكم .

فالقضاء العادى ولايته عامة ، وله التحقق عند بحث حجية الحكم

=لقانون الإثبات - تعليقًا على المادة ١٠١ منه - بالقول بأن المادة ١٠١ قد نصت على تعلق حجية الأمر المقضى بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وإذا كان تعلق حجية الأمر المقضى بالنظام العام مسلما بالنسبة للأحكام الجنائية ليست ما للعقوبات وقواعد الإجراءات الجنائية من صلة به ، فإن هذه الحجية تقوم فى المسائل المدنية على ما يفرضه القانون من صحة مطلقة فى حكم القضاء رعاية لحسن سير العدالة وإتقاء لتأبيد المنازعات وضمان للإستقرار الإقتصادى والإجتماعى وهى أغراض تتصل إتصالاً وثيقًا بالنظام العام ، وغنى عن البيان أن إقرار الخصوم على حق التنازل عن هذه الحجية ومنع القاضى من إثارتها من تلقاء نفسه . يمكن لإحتمال تعارض الأحكام وتجديد المنازعات وهو إحتمال قصد القانون إلى إتقائه .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٣ - م . م . ف - ٢٣-٢-٩٠٥ .

الصادر من جهة قضاء أخرى من أنه صدر فى حدود ولايته أمام جهة القضاء صاحبة الولاية .

ولا يحوز الحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا إتحد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعوى التى سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة ، بحيث إذا تخلف أحد من هذه العناصر ، كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان .

وقيام سبب رفض الدعوى على عدم نفاذ الحوالة يستوى فى ذلك الحكم برفضها أو بعدم قبولها ، لا يعتبر أيهما فصلاً فى موضوع الخصومة مانعًا من التقاضى بشأن الحق موضوع عقد الحوالة إذا ما أضحت نافذة فى حق المدين . النعى على الحكم بمخالفة القانون فى هذه الحالة لا تتحقق به سوى مصلحة نظرية بحتة لا تصلح أساساً للطعن (١) .

إن الحكم الذى يجيز الإثبات بطريق معين لا يحوز حجية الأمر المقضى، إلا إذا كان قد حسم النزاع بين الخصوم على وسيلة الإثبات بعد أن يتجادلوا فى جوازها من عدمه (٢) .

وأن حجية الشئ المقضى فيه . مناطها إتحاد الخصوم والموضوع والسبب (٣) .

والأصل أن حجية الشئ المقضى لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا تلحق بأسبابه إلا ما كان منها مرتبطاً بالمنطوق إرتباطاً وثيقًا وفصل فيه الحكم بصفة صريحة وضمنية حتمية فى المنطوق أو الأسباب التى لا يقوم بدونها(٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٥/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص٩٢١ ، ونقض – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ – المرجع السابق– السنة ٤١٢ ، ونقض – جلسة ١٩٦٢/١/٣ – المرجع السابق – السنة ١٣ – ص١٣ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص١٢٣ ونقض جلسة ١٩٦٧/١١/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٦٩٩ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/١ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٢٢١ ونقض – جلسة ١٩٧٠/١/٢٤ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٢٩٥ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ – المرجع السابق – ص٢٤ – ونقض – جلسة ١٩٧٠/٣/٢٦ – المرجع السابق – ص٥١٩ .

وإن كان الأصل فى الأحكام المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى ، إلا أن هذا – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصم هو والظروف التى إنتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها تغيير (١) .

حجية الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية :

٣٤٣– الأصل المقرر فى المرافعات الشرعية أن المسائل الشرعية مما تقبل التغيير والتبديل ، ومن ثم فإن الأحكام الصادرة فيها لا تحوز حجية الشئ المقضى وأنه إذا رفضت دعوى طاعة – مثلاً – لعدم شرعية المسكن ، فإنه يمكن رفع دعوى أخرى بعد إستيفاء شرعيته ، ولكن إذا كان مبنى رفض دعوى الطاعة عدم أمانة الزوج فإن الذى نراه أن هذا القضاء يحوز حجية الشئ المقضى تمنع من العودة إلى هذا الطلب من جديد لأن من ليس اميناً على نفس الزوجة ومالها إن كان لها مال لا يمكن أن يكتسب صفة الأمانة بعد ذلك (٢) ، وكذلك الشأن فى دعوى التطليق . أما دعوى النفقات فإنها مما يتغير أساس فرضها .

لذلك فإن الأصل فى الأحكام الصادرة فى طلب النفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها ، إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون (٣) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٤٨٥ ونقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/١٤ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٩٠٠ . ونقض – جلسة ١٩٦٨/٢/٧ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٢٠ – ونقض جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٤٥٨ .

(٢) دمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٥/٣/٢٢ – القضية ٨٩ سنة ١٩٧٤ احوال مستأنف.

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٩/١٠/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – ص٥٤٠ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص١٨٩ . ونقض– جلسة ١٩٧٢/٥/٢٤ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٢– مدنى وأحوال – ص١٠٠٢ .

وإذا صدر حكم من المحكمة الشرعية بعدم سماع دعوى صحة وصية طبقاً للمادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بناء على أنه لم يثبت لدى المحكمة صدور الوصية لمن نسبت إليه ، وصار هذا الحكم نهائيًا بعد القضاء من المحكمة العليا بإعتبار إستئناف المدعية كأن لم يكن . ثم على أساسه صدر حكم من المحكمة الأهلية برفض دعوى تثبيت الملكية المرفوعة إليها إستناداً إلى أن ورقة الوصية لا تصلح لأن تكون سنداً لما يطالب به المدعون ، فإن هذا الحكم لا يكون مخالفًا للحكم الشرعى النهائى، لأن الحكم الشرعى وإن كان لا يمنع المدعية من تجديد دعواها إذا ما وجد لديها مستند صحيح آخر يؤكد ملكيتها إلا أنه وإن لم يقض صراحة برفض الدعوى قد صدر قاضيًا بمنع سماعها ، ومؤداه منع المدعية من تجديد دعوى الوصية أمام المحاكم الشرعية إستناداً إلى تلك الورقة ذاتها التى قضى نهائيًا بعدم إعتبارها مسوغاً شرعياً للدعوى ، وهذا هو بعينه حكم المحكمة الأهلية (١) .

وفى الدعوى بطلب **نفقة الصغير** يكون موضوع النسب قائمًا بإعتباره سبب الإلتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائمًا فيها وملازمًا لها فتتبعه وجوداً وعدمًا . وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب الصغير إستناداً إلى أن موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة فإنه يكون قد خالف القانون (٢) .

إن حجية **الإعلام الشرعى** - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تدفع وفقًا لنص المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية بحكم من المحكمة المختصة ، وهذا الحكم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى صورة دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الإحتجاج فيها بالإعلام الشرعى، وإذا كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصة أصلاً بالحكم فيه ، فإن

---

(١) نقض - جلسة ١٩٤٥/٤/٥ - مجموعة ٢٥ عامًا - الجزء ١ - قاعدة ٣٣٧ - ص٧١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/١/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص٦٨ .

قضاءها هو الذى يعول عليه ولو خالف ما ورد بالإعلام الشرعى ولا يعد قضاؤها إهداراً لحجية الإعلام ، لأن الشارع أجاز هذا القضاء وحد به من حجية الإعلام الشرعى الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية (١) .

إن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وإنتقال التركة إليهم .

إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً وقد إستمد منها قانون المواريث أحكامه ، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والإجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما إختلف الزمان والمكان ، ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع(٢) .

ولا عبرة بالتحدى بأن الأحكام الصادرة فى مسائل **الأحوال الشخصية** تسرى على الكافة إلى أن يقضى بإلغائها ، لأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية لا تكون إلا للأحكام التى تنشئ الحالة المدنية لا الأحكام التى تقررها ، والحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٤ من المحكمة العليا الشرعية إذ خلع على الطاعن صفة البنوة إنما يقرر حالة ولا ينشئها ، ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافه لا تتعداهم إلى الغير (٣) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٨/٢/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – ص٢٠٣ . ونقض – جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٤٨٠ وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٩٧/١/٢٨ – الطعن ٨٥ لسنة ٦٣ق (أحوال شخصية) .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٤/٣/١١ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص٣٤٠ . ونقض جلسة ١٩٦٢/٥/٩ – المرجع السابق – السنة ١٣ – ص٦١٩ وما بعدها .

حجية الأحكام الجنائية فى مسائل الأحوال الشخصية :

٣٤٤- إنقسم الفقه - بشأن حجية الأحكام الجنائية فى مسائل الأحوال الشخصية إلى نظرين (١) .

رأى - يذهب إلى أنها لا تحوز أية حجية (وأصحابه قلة) .

ورأى - يذهب إلى أنها تحوز حجية (وأصحابه هم الغالبية) لتوافر الحكمة التى من أجلها شرعت حجية الأحكام الجنائية .

ونؤيد - رأى الغالبية للحجج التى ساقوها .

وقد قضى (٢) بأن الحكم الجنائى النهائى يقيد القاضى المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، وأن هذه الحجية لا تثبت للأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق .

إذ كان بيت المال الذى أصبح بنك ناصر الإجتماعى يمثله قانوناً بعد أن آلت إليه تبعية الإدارة العامة للتركات (بيت المال سابقًا) وإن كان لا يعتبر وارثًا شرعيًا وذلك وفقًا لرأى جمهور الفقهاء الذى إستمد منه قانون المواريث أحكامه فى هذا الصدد - وعلى ما جرى به قضاء النقض - إلا أنه إذا آلت إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك (م٤) فإنها تكون تحت يده بحسبانه أمينًا عليها ليصرفها فى مصادرها الشرعية ، فإنه يتحقق له المصلحة والصفة فى الطعن على الإعلام الشرعى الذى ينطوى على توريث من لا حق له فيه بطلب بطلانه بدعوى مبتدأة أو بدفع توصلاً إلى أيلولة التركة الشاغرة إليه (٣) .

---

(١) بحث - حجية الأحكام الجنائية فى دعاوى الأحوال الشخصية - للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٣٩ - العدد ١- ص٩٤ وما بعدها - والمراجع العديدة التى أشار إليها فيه .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/١٠/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - العدد ٣- ص١٥٠٧ . ومقال حجية الأحكام الجنائية فى دعاوى الأحوال الشخصية - للدكتور إيهاب إسماعيل - المحاماة - السنة ٣٩ - العدد ١- ص٩٤ وما بعدها .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/١٨ - الطعن ٨٥ لسنة ٦٣ق (أحوال شخصية) .

الباب الرابع

الإقرار، وإستجواب الخصوم

أولاً : الإقرار :

٣٤٥- كانت اللائحة الشرعية تنظم الإقرار في المواد من ١٢٤ إلى ١٢٩ في الفصل الأول من الباب الثالث ، ولكن هذه المواد قد تناولها الإلغاء الذي أجراه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م١٣) ، ومن ثم فقد تعين الرجوع في شأنه إلى أحكام قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الذي حل محل أحكام قانون المرافعات الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ والقانون المدني في شأن الإثبات .

أحكام الإقرارت في أصول المرافعات الشرعية :

٣٤٦- أوردت مؤلفات المرافعات الشرعية (١) - في الإقرار - تعريفات متعددة تتلاقى كلها عند التعريف التالي :

الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر - ويقال للمخبر ، مقر ، ولصاحب الحق : مقر له وللحق : مقر به (٢) .

وقد وضع الفقهاء - في أركان الإقرار الثلاثة - الشروط التالية :

أولاً - فبالنسبة للمقر إشترطوا :

١- أن يكون عاقلاً ، فلا يصح إقرار المجنون والصبي غير المميز .

٢- أن يكون بالغاً .

---

(١) شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص٢٩١ وما بعدها ، ومباحث المرافعات - للأستاذين محمد زيد الإبياني - ص٧٧ وما بعدها . والأصول القضائية - للقاضي على قراعة - ص٦٢ وما بعدها . ونظرية الإثبات - للأستاذ أحمد فتحي بهنسي - ص١٣٥ وما بعدها .

(٢) مجلة الأحكام العدلية - المادة ١٥٧٢ .

٣- أن يصدر منه الإقرار طوعاً وعن رضا ، فلا يصح إقرار المكره .

٤- أن يكون يقظاً ، فلا يصح إقرار النائم .

٥- أن يكون فى صحو فلا يصح إقرار السكران .

٦- أن يكون المقر معلوماً بعينه ، أى غير مجهول .

٧- الا يكون متهماً فى إقراره ، لأن التهمة تخل بوجوب رجحان الصدق .

٨- الا يكون محجوراً عليه لسفه .

٩- أن يكون جاداً هازلاً .

ثانيًا - أما بالنسبة للمقر له فقد إشترطوا :

١- أن يكون محقق الوجود وقت الإقرار حقيقة أو شرعاً .

٢- أن يكون اهلاً للملك ، فلو كان غير أهل لا يصح الإقرار .

٣- أن يكون سبب إستحقاق المقر له للمقر به مقبولاً عقلاً ، فلو كان غير مقبول لم يصح .

٤- الا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة .

ثالثًا - وأما بالنسبة للمقر به فقد إشترطوا :

١- الا يكون محالاً عقلاً أو شرعاً .

٢- أن يكون مما يجرى فيه التعامل ، فلو كان تافهاً لا يصح الإقرار به .

رابعًا - وأما بالنسبة لصيغة الإقرار فقد إشترطوا :

١- أن تكون منجزة غير معلقة على شرط .

٢- أن تكون مثبتة للحق المقر به على سبيل اليقين والجزم .

٣- أن تكون بالعبارة إذا تناولت حداً من حدود الله .

٤- أن تصدر أمام القاضى إذا تناولت حداً خالصًا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة .

ومتى إستوفى الإقرار جميع شروط الصحة السابقة كان ملزماً للمقر ووجب عليه تسليم المقر به للمقر له .

تلك كانت أحكام الإقرار فى أصول المرافعات الشرعية فى إيجاز شديد.

أحكام الإقرار فى قانون الإثبات :

٣٤٧– أما فى أصول المرافعات المدنية (١) فقد تضمنت – مؤخراً – احكام الإقرار فيها المادتان ١٠٣ و١٠٤ من قانون الإثبات .

فتقضى المادة ١٠٣ منه بأن الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

فهذه المادة تحدثت عن **الإقرار القضائى** .

وهناك إقرار غير قضائى وهو ما يحصل عادة فى غير مجلس القضاء(٢) .

ولم يتكلم قانون الإثبات – ومن قبله القانون المدنى – عن الإقرار غير القضائى ، ومن ثم يترك أمر تقديره للقضاء حسب ظروف كل دعوى .

ويمكن للقاضى أن يجزئ الإقرار غير القضائى ، كما يمكن أن يقبل عدول المقر به عنه .

والإقرار –قضائياً كان أو غير قضائى – يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه وهو بهذه المثابة ينطوى على تصرف

---

(١) أهم المراجع : رسالة الإثبات (الموجزة) للأستاذ احمد نشأت – ص٢٤٢ وما بعدها، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – ص١٢٠٥ وما بعدها . والتعليق على قانون الإثبات – للأستاذين عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز – ص١٨٧ وما بعدها .

(٢) ويعرض الأستاذ احمد نشأت للإقرار غيرالقضائى ويقسمه إلى نوعين : الأول – هو ما يحصل فى غير مجلس القضاء ، والثانى – هو ما يصدر فى مجلس غير مستوف للشرطين اللذين يجعلان منه إقراراً قضائيًا . وهذان الشرطان هما : ١– أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء (أى فى المحكمة) ٢– أن يكون أثناء سير الدعوى الخاصة بالنزاع على الشئ الذى حصل الإقرار به (رسالة الإثبات الموجزة– المرجع السابق – ص٢٠٤و٢٠٥) .

قانونى من جانب واحد ، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية ، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة ، فإن ما شاب الإرادة غلط كان باطلاً وحق للمقر الرجوع فيه (١) .

وتحصيل الأركان اللازمة للإقرار هو من الأمور التى يخالطها واقع مما يترك تحصيله لمحكمة الموضوع ، فإذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعنة لم تتمسك أمامها بهذا الدفاع ، فإنه لا يقبل منها التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض – والقول الصادر من محامى أحد الخصوم فى مجلس القضاء لا يعد إقرار له حجيته القانونية إلا إذا فوض بتوكيل خاص وتضمن التسليم بالحكم المدعى به وقصد إعفاء خصمه من إقامة الدليل عليه (٢) .

ولما كان الإقرار قضائيًا كان أو غير قضائى – يتضمن نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، فإنه بهذه المثابة ينطوى على تصرف قانونى من جانب واحد ، ويشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية ، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الإرادة ، ومن ثم فإذا شاب الإقرار تدليس كان قابلاً للإبطال وحق للمقر الرجوع فيه (٣) .

ويشترط فى الإقرار أن يكون صادراً من الخصم عن قصد الإعتراف بالحق المدعى به لخصمه وفى صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/١/١٩ – مجموعة المكتب – السنة ١٨–ص ١٥٦ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/١٠/٣١ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٥٨٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/٥/٥ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٠١٩ .

(٤) نقض– جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٨٤٩ .

إن إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد أن إكتملت مدة سقوطه لا يسرى فى حق الباقين (١) .

لا يعتبر إقراراً ما يسلم به الخصم إضطراراً وإحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى بعض طلباته (٢) .

الأهلية التى تشترط لصحة الإقرار هى أهلية المقر للتصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا تشترط فيه أهلية ما ، بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز والمجنون (٣) .

لا تستلزم الأقارير قبول المقر لها ، بل ترتد برده لها فقط (٤) .

حجية الإقرار فى قانون الإثبات :

٣٤٨– تقضى المادة ١٠٤ من قانون الإثبات بأن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا إنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (٥) .

فالإقرار المعتبر حجة قاطعة على المقر هو الإقرار الصادر أمام القضاء . أما الإقرار خارج القضاء فيخضع للقواعد العامة إذ لم يرد فى شأنه نص خاص ، فلمحكمة الموضوع سلطة تقدير قوته فى الإثبات بغير معقب عليها فى ذلك متى كان تقديرها سائغاً (٦) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٧٠٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٥/٦/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٦ – ص٦٧٨ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٣/٥/٢٢ – مجموعة ٢٥ عاماً جزء ١ – قاعدة ١٥ – ص٢٢ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٣٥/١/٢٣ – المرجع السابق – قاعدة ٥٢ – ص٣٢ .

(٥) يراجع فى أحكام الإقرار ونوعيه . وإمكان تجزئته . وحجيته فى التشريعات العربية المختلفة : الإقرار – للأستاذ جمال الدين اللبان – بحث – مجلة قضايا الحكومة – السنة ٣ – العدد ٤– ص٥ وما بعدها ، وملاحظات حول أحكام الإقرار فى التشريع السورى – بحيث – للدكتور نزار الكيال المحامى – المحاماة – السنة ٤٦ – العدد ٥و٦ – ص٥٠٩ وما بعدها .

(٦) نقض – جلسة ١٩٦٧/١/١٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص١٧٦ ، ونقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٩ – المرجع السابق – ص٥٩٩ ، ونقض – جلسة=

أقام المدعى هذه الدعوى طالبًا القضاء له على مطلقته برد ما حصلته زائدًا على ما قررته أحكام النفقة الصادرة لصالحها ، وتناول فى صحيفة الإفتتاح تفصيل ما إستولت عليه مطلقته تنفيذًا للأحكام .

وبجلسة ١٩٧٣/٣/٢٠ حكمت المحكمة حضوريًا برفض الدعوى وحملت حكمها على ما نصه :

(... وحيث أن المدعى طلب الإثبات وإستند إلى الحافظة المودعة ، وتبين من الإطلاع عليها أن هذه الدعوى كيدية لا أساس لها ومستحقة الرفض ...(١) ...) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه قاصر البيان غير محمول لم يبين حاصل ما إنطوت عليه حافظة المدعى من أدلة واقعية ولم يتضمن ما يصح أن يستخلص منه ما قال به من كيدية الدعوى .

وليس ما يمنع المحكمة من الأخذ بإقرار صدر فى دعوى أخرى قضى بسقوط الخصومة فيها (٢) .

وإذا كان الإقرار الصادر فى قضية أخرى لا يعد إقرارًا قضائيًا ملزمًا، إلا أنه يعتبر من قبيل الإقرار غير القضائى ، ومثل هذا الإقرار يترك تقديره إلى محكمة الموضوع ، فإذا رأت عدم الأخذ به وجب عليها أن تبين الأسباب التى دعتها إلى ذلك (٣) .

الإقرار غير القضائى إذا ما ثبت بورقة عرفية موقع عليها من المقر كانت هذه الورقة حجة على من صدرت منه فلا يحق له أن يتنصل مما هو

=١٩٦٦/٦/٢٣ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٤٤٢ . ونقض – جلسة ١٩٧٠/٢/٤ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٢٥٠ .

(١) مصر القديمة – جلسة ١٩٧٣/٣/٢٠ – القضية ٨٠ لسنة ١٩٧٣ أحوال نفس ، والقضية ٧٨ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس حلوان ، والقضية ٢١٩ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس مصر القديمة .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٩ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٥٩٩ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٨/١/٩ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص١٤ .

وارد فيها بمحض إرادته إلا بمبرر قانونى (١) .

تفسير تقريرات الخصوم فى دعوى أخرى ، مما يستقل به قاضى الموضوع (٢) .

الإقرار غير القضائى يخضع لتقدير القاضى الذى يجوز له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، كما أن له مع تقدير الظروف التى صدر فيها أن يعتبره دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت الكتابة أو مجرد قرينة أو ألا يأخذ به أصلاً (٣) .

يثبت النسب فى جانب الرجل - وعلى ما جرى به قضاء النقض - بالفراش ، وبالإقرار ، وبالبينة .

إقرار المتوفى ببنوة المطعون عليها الأولى ، حجة ملزمة ، فيثبت نسبها منه ، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى ، لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار ولا يسمع ، ويثبت هذا النسب بمجرد إقرار الأب وإن أنكرت الزوجة، إذ هو إلزام له دون غيره ، فلا يتوقف نفاذه على تصديقها ، ولا يبطله إقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت ، ولا كون التصادق على الزواج مسنداً إلى تاريخ لاحق لميلادها ، كما أن إقرار الزوجة بالبكارة لا يفضى إلى إبطال حق المقر لها ، لأنها لا تملك إبطاله (٤) .

أقامت المدعية الدعوى إبتغاء الحكم لها على زوجها المدعى عليه بفرض نفقة زوجية لأنواعها الثلاث من تاريخ الترك الحاصل فى أول سبتمبر سنة ١٩٧٤ قرر المدعى عليه أن زوجته غضبت من شهر وبجلسة ١٩٧٥/٢/١٨ حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية مبلغ ٣٠٠ قرش شهرياً نفقة زوجية شاملة إعتباراً من ١٩٧٥/١/١٦ (تاريخ

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٨ ، المرجع السابق ، السنة ١٨ ، ص٥٨٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ - م . م . ف - ٢٤-١-٢٦٥ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - العدد ١- مدنى وأحوال - ص٣٤٩ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٤ ، م . م. ف ٢٣-٢-١١٣٢ .

تقديم الصحيفة لقلم الكتاب) (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان الإقرار حجة على المقر مما مؤداه أن الواقعة التى أقر بها الخصم تصبح فى غير حاجة إلى الإثبات يأخذ بها القاضى واقعة ثابتة بالنسبة إلى المقر الذى لا يجوز له إثبات عكسها وترجع هذه الحجية القاطعة إلى أن الإقرار إعفاء من الإثبات ، ذلك أن الخصم إذا إدعى واقعة وجب عليه إثباتها ، فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان معناه أنه يعفيه من هذا الإثبات فتصبح ثابتة لا لأن دليلاً أثبتها بل لأنها فى غير حاجة إلى الإثبات - إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن المدعى عليه قد أقر بأن الترك حدث منذ شهر سابق على ١٩٧٥/٢/٤ فإن الحكم إذ أغفل هذا الإقرار كحجة قاطعة على المدعى عليه ، وعمد فى سبيل إثبات تاريخ الترك إلى القرينة المستمدة من التداعى وقضى للمدعية بنفقتها إعتباراً من تاريخ رفع الدعوى وهو لاحق لتاريخ الترك الذى أقر به المدعى عليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

ثانياً : إستجواب الخصوم :

٣٤٩- كانت المواد من ١١٥ حتى ١٢٢ من اللائحة الشرعية ترسم قواعد إستجواب الخصوم أنفسهم ، ولكن هذه المواد قد تناولها الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (م١٢ منه) ، ومن ثم كان قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - الذى حل محل القانون المدنى بالنسبة للقواعد الموضوعية فى الإثبات ومحل قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الملغى- هو القانون الواجب التطبيق .

وقد نظم الفصل الثانى من الباب الخامس من قانون الإثبات أحكام إستجواب الخصوم فى المواد ١٠٥ حتى ١١٣ .

فنصت المادة ١٠٥ منه على أن للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب إستجواب خصمه الحاضر .

فلا يجوز قانوناً إستجواب من ليس خصماً فى الدعوى ، كما لا يجوز

---

(١) الفشن - جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ -القضية ١٩ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

للخصم المقرر إستجوابه أن ينيب عنه فى الإجابة على الإستجواب شخصاً أخر (١) .

ونصت المادة ١٠٦ منه على أن للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لإستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر إستجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار .

فإذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز إستجواب من ينوب عنه وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً فى الأمور المأذون فيها .

ويجوز بالنسبة إلى الأشخاص الإعتبارية توجيه الإستجواب إلى من يمثلها قانوناً .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون المراد إستجوابه أهلاً للتصرف فى الحق المتنازع فيه (م١٩٧) .

فإذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست فى حاجة إلى إستجواب رفضت طلب الإستجواب (م١٠٨) .

إنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب إستجواب خصمه ، إلا أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة هذا الطلب لأنه من الرخص المخولة لها ، فلها أن تلتفت عنه إذا وجدت فى الدعوى من العناصر ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة لإتخاذ هذا الإجراء (٢) .

يجوز للمحكمة أن تعدل عن حكم الإستجواب إذا رأت ألا جدوى من إتخاذ الإجراء وإن فى أوراق الدعوى وما قدم فيها من أدلة ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة إليه (٣) .

يوجه الرئيس الأسئلة التى يراها إلى الخصم ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون الإجابة فى الجلسة ذاتها إلا إذا

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص١١٨٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٧٥٨ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٧٥٧ ونقض – جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – العدد ٢– ص٦٣٢ .

رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة (م١٠٩) .

تكون الإجابة فى مواجهة من طلب الإستجواب ، ولكن لا يتوقف الإستجواب على حضوره (م١١٠) .

وتدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة ، ويعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب ، وإذا إمتنع المستجوب عن الإجابة أو عن التوقيع ذكر فى المحضر إمتناعه وسببه (م١١١) .

وإذا كان بالخصم عذر يمنعه من الحضور للإستجواب جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لإستجوابه على نحو ما ذكر (م١١٢) .

وإذا تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب بغير عذر مقبول أو إمتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى كان يجوز فيها ذلك (م١١٣) .

وهذه الأحكام واضحة .

الباب الخامس

اليمين، والمعاينة، والخبرة

أولاً - اليمين :

٣٥٠- كانت المواد من ١٩٧ حتى ٢٠٦ من اللائحة الشرعية تتناول أحكام اليمين والنكول، وقد تناول القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هذه المواد بالإلغاء (م١٢منه)، ومن ثم فكان قانون الإثبات هو القانون الواجب التطبيق فى شأن اليمين، لأنه القانون الذى جمع القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية فى اليمين التى كان ينص على كل منها القانون المدنى وقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وحل محلهما.

ولقد نظم قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أحكام اليمين فى المواد من ١١٤ حتى ١٣٠.

أحكام اليمين فى أصول المرافعات الشرعية :

٣٥١- لليمين فى المرافعات الشرعية أهمية بالغة (١)، ذلك أنها قد تكون الوسيلة الوحيدة للإثبات فى الدعوى، وذلك فى المسائل التى تتعلق بذاتية الزوجة أو المطلقة، فى شأن إثبات الدخول أو الخلوة أو رؤية الحيض ثلاث حيضات كوامل، وما إلى ذلك، فإنها إن حلفت اليمين التى يوجهها لها الزوج أو المطلق رفضت دعواه. دون أن يكون له إثبات صحة دعواه بوسيلة أخرى وإذا نكلت عن الحلف - وقد يكون تخلفها تسليمًا بصحة الدعوى

---

(١) راجع فى تفصيل أحكام اليمين فى أصول المرافعات الشرعية، شرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص٢٨٠ وما بعدها. ومباحث المرافعات والدعاوى الشرعية - الشيخ محمد الإبيانى - ص١٥٢ وما بعدها. والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية - للقاضى على قراعة - ص٢٣٧ وما بعدها. وطرق القضاء فى الشريعة الإسلامية - للشيخ أحمد إبراهيم ص٧ وما بعدها، ونظرية الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى - للأستاذ فتحى بهنسى - ص١٩١ وما بعدها.

بما يقوم مقام النكول - قضى للمدعى بدعواه .

كما أن لليمين فى أصول المرافعات الشرعية أحكاماً فريدة ، منها أنها قد تكمل بالشهود فى بعض الأنزعة ، ومنها أن الإخفاق فيها كسند للدعوى لا يمنع من اللجوء إلى وسيلة أخرى لإثباتها .

ومن تلك الأصول أيضاً أنه لا يجوز توجيهها إلى غير مكلف ، فلا يجوز تحليف المجنون .

وأنه تجوز النيابة فى الإستحلاف ولا تجوز فى الحلف ، فللوكيل والوصى والأب أن يطلب تحليف خصمه فيما يتصل بحقوق الأصل والقاصر والولد المطالب بها ، ولكن ليس للخصم أن ينيب عنه أحداً فى الحلف .

وأنه لا تجوز اليمين على مجهول .

وأنه لا تجوز اليمين عن واقعة أقر بها الخصم أو عن واقعة غير متعلقة بشخصه أو غير منتجة فى النزاع .

وأنه لا تجوز اليمين إلا على حق الخصم أو على سبب حقه لا على حجيته .

وأنه إذا وجهت اليمين إلى الورثة لم تكف يمين الواحد منهم ولم تنب عن يمين الباقين بل يستحلف الكل . وإذا وجهت لهم على غيرهم ، كان إستحلاف الواحد منهم كإستحلاف الكل .

ولقد ثار خلاف حول ما إذا كان جائزاً أن يوجه المدعى اليمين للمدعى عليه إذا كانت عنده بينة حاضرة .

فيرى أبو حنيفة أنه غير جائز .

بينما **يرى الصاحبان** أن ذلك جائز .

على حين يرى **صاحب البدائع**(١) أن شرائط وجوب توجيه اليمين أنواع منها الإنكار ، ومنها الطلب من المدعى ، لأنها وجبت على المدعى عليه

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - لعلاء الدين الكاسانى ص٢٥٧ وما بعدها

حقاً للمدعى منها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعند الصاحبين ليس ذلك بشرط حتى لو قال المدعى : لى بينة حاضرة ، ووجه قولهما أن اليمين حجة المدعى ولهذا لم يجب إلا عند طلبه ، فكان له ولاية إستيفاء أيهما شاء له .

الفرق بين أصول المرافعات الشرعية وقانون الإثبات فى اليمين:

٣٥٢- يظهر مما تقدم أن ثمة فروق بين أصول المرافعات الشرعية وقانون الإثبات بالنسبة لليمين تخلص فيما يلى :

١- أن توجيه اليمين وحلفها لا يمنع - فى الأصول الشرعية - من تقديم أدلة أخرى ، حين أن قبول حلف اليمين الحاسمة - فى قانون الإثبات- مسقط لحق موجهها فى سائر الأدلة الأخرى .

٢- أن لمن وجه اليمين - فى الأصول الشرعية - أن يثبت عدم صحتها بعد حلفها ، على حين أنه - فى قانون الإثبات - لا يجوز لمن وجه اليمين أن يثبت عكسها طالما لم يصدر حكم جنائى يكذبها .

٣- أن اليمين - فى الأصول الشرعية - لا تحسم النزاع بصفة مؤقتة نهائية ، بل بصفة مؤقتة ، بل لمن وجهها أن تسمع بينته وأن يحكم له بمقتضاها ، على حين أنه فى قانون الإثبات - ينحسم النزاع قطعياً بحلفها.

٤- أن أهلية المرأة بالنسبة لليمين تختلف فى الأصول الشرعية عنها فى الأصول المدنية ، فيجوز أنه توجه اليمين للمرأة فى مسائل الأحوال الشخصية على حقوقها الزوجية متى وصلت مرحلة البلوغ .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود ، وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص٣٢ وما بعدها .

(المرافعات) أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

أحكام اليمين فى أصول الإثبات المدنية :

٣٥٣- لم يعرف قانون الإثبات ، ومن قبله القانون المدنى وقانون المرافعات الملغى اليمين ، ولكن عرفها الفقه (١) بأنها :

« إشهاد الله عز وجل على قول الحق ، مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه ».

وكما أن اليمين الكاذبة جريمة دينية أو ادبية ، فهى جريمة جنائية (م٣١٠ من قانون العقوبات) .

واليمين نوعان :

يمين حاسمة ، وهى التى توجه من أحد الخصمين للآخر (م١١٤ من قانون الإثبات .

ويمين متممة ، وهى التى يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين من تلقاء نفسه ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو قيمة المحكوم به (م١/١١٩ من قانون الإثبات) .

ولكل من هذين النوعين أحكام وقواعد إجرائية ، كما أن لهما أحكاماً مشتركة .

وسوف نتناول تلك الأحكام والقواعد فيما يلى :

---

(١) يراجع فى أحكام اليمين فى أصول المرافعات المدنية : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ٢ - ص١٢١٧ وما بعدها . رسالة الإثبات الموجزة - للأستاذ أحمد نشأت - ص٢٥٧ وما بعدها . والتعليق على قانون الإثبات - للأستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - ص٧١٢ وما بعدها واليمين - للأستاذ ظافر الموصلى المحامى - بحث - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٨ ص١٤٦٦ وما بعدها . ومبادئ القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى - طبعة ٢ - ١٩٧٥ - ص٤٨٤ وما بعدها

١- اليمين الحاسمة :

٣٥٤- نظمت المواد من ١١٤ إلى ١٣٠ من قانون الإثبات أحكام اليمين الحاسمة بإستثناء ثلاث مواد منها هى ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ التى نظمت أحكام اليمين المتممة .

قواعدها وشرائطها :

٣٥٥- يجود لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها .

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين (م١١٤) .

ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة النظام العام .

ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه ، فإن كانت غير شخصية له لنصبت على مجرد علمه بها .

ويجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه .

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى (م١١٥) .

فلا توجه اليمين الحاسمة إلا على الخصم الآخر الذى له حق المطالبة بالإثبات ويجب أن تتوافر فى هذا الخصم أهلية التصرف فى الحق الذى توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف فى هذا الحق وقت حلف اليمين ، وذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون وارداً على الخيار بين الحلف والرد والنكول . ورد اليمين كتوجيهها يشترط فيه أهلية التصرف فى الحق [١] .

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص١٨٥١ .

إن اليمين الحاسمة – وعلى ما جرى به قضاء النقض – ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب ، ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة في إستخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتعين عليها أن تقيم إستخلاصها على إعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه (١) .

وإن زوال الصفة في الوفاء بالحق المطالب به مانع من توجيه اليمين الحاسمة حول إثبات الوفاء (٢) .

إذا كانت محكمة أول درجة لم تقل كلمتها في طلب توجيه اليمين وإنتدبت خبيراً في الدعوى بما يمكن إعتباره رفضاً ضمنياً لهذا الطلب ، فإن ذلك لا يمنع من التمسك به أمام محكمة الإستئناف (٣) .

ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف (م١١٦) .

أثر كذب اليمين الحاسمة :

٣٥٦– نصت المادة ١١٧ من قانون الإثبات على أنه يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو وردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على هذا الحكم الذى صدر ضده .

إن مناط عدم جواز إستئناف الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة أن يكون الخصم الموجهة إليه قد حلفها أو نكل عنها طبقاً للقانون (٤) .

---

(١) نقض جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠ – مجموعة ٢٥ عاماً – الجزء ١– قاعدة ٣٩٩ ص٨٢ – ونقض – جلسة ١٩٤٩/٤/٧ – المرجع السابق – قاعدة ١٠٤ – ص٨٣ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٣ – ص٤٥٥ – ونقض – جلسة ١٩٦٢/١٢/٧ – المرجع السابق – ص١٥٨١ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧١/١١/٩ – المرجع السابق – السنة ١٢ – ص٦٨٥ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٤٤/٦/١ – مجموعة ٢٥ عاماً – الجزء ١ – قاعدة ٤٠٣ – ص٨٢.

وكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أو يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه (م١١٨) .

صيغة اليمين الحاسمة ، وشروطها وإجراءات حلفها :

٣٥٧- نصت المادة ١١٢ من قانون الإثبات على أنه يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التى يريد إستحلافه عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة .

وللمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التى يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها (م١٢٣) .

فإذا ما وجهت اليمين الحاسمة بصيغة معينة ، فإن المحكمة لا تملك تغيير هذه الصيغة تغييراً يؤثر فى مدلولها ومعناها .

وإذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً ، ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً ، فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر للحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته ، بحيث إذا حضر وإمتنع عن حلف اليمين ولم يردها ولم ينازع أو تغيب بغير عذر عن حضور الجلسة المحددة للحلف اعتبر ناكلاً ، ومن ثم فيجب فى حالة صدور حكم اليمين فى غيبة المكلف بالحلف أن يعلن بالجلسة المحددة للحلف على يد محضر إعلاناً صحيحاً . أما إذا لم يتم إعلانه بتلك الجلسة فإنه لا يصح الحكم عليه على إعتبار أنه ناكل عن اليمين (١) .

وإن نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه بينت فى منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ويتبع ما نص عليه فى المادة السابقة (م١٢٥) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - ص٦٥٨ ونقض ١٩٣٥/٢/٢٨ - مجموعة ٢٥ عاماً - قاعدة ٤٠٥ - ص٨٢ .

فإذا نازع الخصم فى اليمين الموجهة إليه بأن الواقعة المطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه ، فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل فى منازعته وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهى إليه وأن تحدد له جلسة لحلفها إن رأت توجيهها إليه . ولا يجوز إعتباره ناكلاً قبل الفصل فى هذه المنازعة(١) .

وإذا كان لدى من وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور إنتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه (م١٢٦) .

وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : (أحلف) ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة (م١٢٧) .

ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة فى ديانته إذا طلب ذلك (م١٢٨) .

ويعتبر فى حلف الأخرس إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بما (م١٢٩) .

ويحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب (م١٣٠) .

(٢) اليمين المتممة :

٣٥٨- تناولت أحكام اليمين المتممة فى قانون الإثبات ثلاث مواد هى: ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ .

فنصت المادة ١١٩ على أن للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به .

ويشترط فى توجيه هذه اليمين الا يكون فى الدعوى دليل كامل والا تكون الدعوى خالية من أى دليل .

فيشترط لتوجيه اليمين المتممة الا تكون الدعوى خالية من أى دليل ،

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - ص٦٥٨ .

وأن يكون بها مبدأ ثبوت يجعل الإدعاء قريب الإحتمال وإن كان لا يكفى مجرده لتكوين دليل كامل فيستكمله القاضى باليمين المتممة ، ولقاضى الموضوع الحرية فى تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم وهو يراعى فى ذلك من كانت أدلته أرجح ومن كان أجدر بالثقة فيه والإطمئنان إليه (١) .

لما كان ذلك . وكانت اليمين المتممة ليست إلا إجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة وكانت هذه اليمين لا تحسم النزاع ، فإن القاضى - من بعد توجيه هذه اليمين - يكون مطلق الخيار فى أن يقضى على أساس اليمين التى أديت أو على أساس عناصر إثبات أخرى إجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها . ولا تتقيد محكمة الإستئناف بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتممة التى وجهتها ، ومن ثم فلا تثريب عليها إن هى لم تقض بإلغاء حكم توجيه اليمين المتممة مع إلغائها الحكم الإبتدائى الصادر فى موضوع الدعوى وحسبها أن تورد فى أسباب حكمها ما يجعلها تطرح نتيجة هذه اليمين ، ذلك أن الحكم بتوجيه اليمين هو من الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى به الخصومة كلها أو بعضها (٢) .

ولا يشترط فى الدليل الناقص الذى يكمل باليمين المتممة أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يصح أن يكون بينة أو قرائن يرى فيها القاضى مجرد مبدأ ثبوت عادى وإن كان يجعل الإدعاء قريب الإحتمال إلا أنه غير كاف بمفرده لتكوين دليل كاف يقنعه فيستكمله باليمين المتممة(٣) .

ولا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر (م١٢٠) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ العدد ٣- ص١٢٧٦ ، ونقض جلسة ١٩٥١/٤/٥ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء ١ قاعدة ٤٠٦- ص٣٨ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ ص٥٧١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/١/٦ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص٥٥ .

ولا يجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا إستحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

ويحدد القاضى حتى فى هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه (م١٢١) .

لقاضى الموضوع أن يأخذ بالديل المقدم له إذا إقتنع به ، وأن يطرحه إذا تطرق إليه الشك فيه ، لا فرق بين دليل وآخر ، إلا أن تكون للدليل حجية معينة حددها القانون ، ذلك أن تقدير الدليل هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، فله أن يعتبر كشف الحساب المقدم فى الدعوى دليلاً كاملاً على صحتها أو لا يعتبره كذلك ، ومن ثم فلا تثريب عليه إذا رأى من كشف الحساب المقدم من المطعون عليهم أرجح دليلاً من الطاعن وقضى من ثم بتوجيهه اليمين المتممة إليهم لإستكمال إقتناعه .

إن توجيه اليمين المتممة وإن كان إجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه وقوفاً على الحقيقة ، إلا أن له السلطة التامة فى تقدير نتيجته ، إذ اليمين المتممة دليل تكميلى ذو قوة محددة ، ولأن العبرة أساسًا هى بمدى إطمئنانه إلى صحة الواقعة محل النزاع فى مجموعها سواء حلف اليمين جميع الورثة – الموجهة إليهم – أو بعضهم .

ذلك أن اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً فى الدعوى ، وهذه اليمين وإن كانت لا تحسم النزاع ، إلا أن للقاضى بعد حلفها أن يقضى على أساسها بإعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة فى الدعوى . ليبنى حكمه فى موضوعها أو فى قيمة ما يحكم به (١) .

ثانيًا – المعاينة :

٣٥٩– كانت المواد من ٢٠٧ حتى ٢١٠ من اللائحة الشرعية تنظم قواعد إنتقال المحكمة لمحل النزاع بقصد معاينته ، ولكن هذه المواد قد

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٢٢ – م . م . ف – السنة ٢٤ – ٤٦٣ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ – المرجع السابق – ص٣٤٢ .

تناولها الإلغاء الذى نص عليه القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم – وبعد إلغاء قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الذى كان يحيل إلى أحكامه فى شأن ما ألغى من أحكام اللائحة الشرعية – تكون أحكام قانون الإثبات فى هذا الصدد هى القانون الواجب التطبيق .

وقد نظمت المواد ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أحكام المعاينة .

فنصت المادة ١٣١ على أن للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الإنتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب أحد قضاتها لذلك.

وتحرر المحكمة أو القاضى محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلاً .

وإذا حكمت المحكمة قبل الفصل فى الموضوع بإنتقالها إلى محل النزاع، فكل ما يثبت لها بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً فى الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه وخاصة إذا كان النزاع بين الطرفين المتخاصمين متعلقاً بالحالة الطبيعية للعين المتنازع عليها (١) .

وإن طلب الإنتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع ، فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لإقتناعها بالفصل فيها (٢) .

إن للمحكمة ، أو لمن تندبه من قضاتها حال الإنتقال تعيين خبير للإستعانة به فى المعاينة . ولها وللقاضى المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب المحكمة (م١٣٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٤٥/٢/٨ – مجموعة ٢٥ عاماً – جزء ١ قاعدة ٢٨٩ – ص٨٠ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥ –مجموعة المكتب الفنى – السنة ١١ – ص١١٨٤.
ونقض – جلسة ١٩٥٥/٢/٣ – مجموعة ٢٥ عامًا – جزء ١ – قاعدة ٢٩٠ – ص٨١ . ونقض – جلسة ١٩٧٠/٤/٦ – السنة ٢ – ص٦٥٢ .

ويجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطريق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الإنتقال ، وتراعى فى هذه الحالة الأحكام المبينة فى المواد السابقة (م١٣٢) .

ويجوز للقاضى فى الحالة المبينة فى المادة السابقة ، أن يندب أحد الخبراء للإنتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله وتتبع القواعد المنصوص عليها فى الباب الخاص بالخبرة (م١٣٤) .

ثالثاً – الخبرة :

٣٦٠– كانت اللائحة الشرعية تنظم ـ إجراءات وأعمال أهل الخبرة فى المواد من ٢١١ إلى ٢٤١ ولكن ، هذه المواد قد تناولها القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالإلغاء ، وأصبح قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – الذى حل محل قانون المرافعات الملغى رقم ١٩٧٧ لسنة ١٩٤٩ – هو القانون الواجب التطبيق فى موضوع الخبرة .

وقد نظم قانون الإثبات الخبرة فى المواد من ١٣٤ حتى ١٦٢ .

وسوف نتناول هذه الأحكام على النحو التالى :

الأصول الإجرائية لندب الخبير :

٣٦١– للمحكمة عند الإقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ، ويجب أن تذكر فى منطوق حكمها :

(١) بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التى يؤذن له فى إتخاذها .

(ب) الأمانة التى يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذى يكلف بإيداع هذه الأمانة والأجل الذى يجب فيه الإيداع والمبلغ الذى يجوز للخبير سحبه لمصروفاته .

(جـ) الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير .

(د) تاريخ الجلسة التى تؤجل إليها القضية للمرافعة فى حالة عدم إيداعها .

(هـ) وفى حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقاً للإجراءات المبينة فى المادة ١٥١(م١٣٥) .

المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب تعيين خبير آخر أو الإنتقال متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها . وإذن فمتى كان ما أورده الحكم من الأسباب يفيد أنها لم تر حاجة للإلتجاء إلى إجراء آخر فى الدعوى، فإن الطعن عليه بالقصور يكون على غير أساس (١) .

إن تعيين الخبير فى الدعوى من الرخص المخولة لقاضى الموضوع فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه فى ذلك متى كان رفضه لتعيين الخبير قائماً على أسباب مبررة له (٢) .

وإذا إتفق الخصوم على إختيار خبير أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة إتفاقهم .

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة ، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف فى الحكم .

وإذا كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعى أو أحد الخبراء الموظفين ، وجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذى عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين ويجرى فى حقه حكم المادة ١٤٠ (م١٣٦) .

ولما كانت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ بتنظيم الخبرة أمام جهات القضاء قد بينت الخبراء المقبولين أمام المحاكم بأنهم خبراء الجدول الحاليون وخبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعى والمصالح الأخرى التى يعهد إليها بأعمال الخبرة ، وكانت إدارة تحقيق الشخصية تدخل فى هذه المصالح – على ما قررته المذكرة الإيضاحية

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥١/٥/٣ مجموعة ٢٥ عاماً – الجزء ١ – قاعدة ٦ ، ص٥٩٤ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٢٠٣٠ وما بعدها .

للقانون المذكور – فإن ندب محكمة الموضوع خبيراً من هذه الإدارة لفحص البصمات غير مخالف للقانون (١) .

وإذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف بإيداعها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذى لم يقم بدفع الأمانة فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعذار التى أبداها لذلك غير مقبولة (م١٣٧) .

وفى اليومين التاليين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير بكتاب مسجل ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم فى ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم (١٣٨م) .

وإذا كان الخبير غير مقيد إسمه فى الجدول وجب أن يحلف أمام قاضى الأمور الوقتية – وبغير ضرورة لحضور الخصوم – يميناً أن يؤدى عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً (م١٣٩) .

وللخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاءه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التى عينته أو القاضى الذى عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التى أبداها لذلك مقبولة .

ويجوز فى الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة فى حكمها نقص هذا الميعاد ، فإذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التى ندبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التى تسبب فى إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل ، وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية (م١٤٠) .

٢– قواعد وإجراءات رد الخبير :

٣٦٢– بينت المادة ١٤١ من قانون الإثبات الحالات التى يجوز فيها رد الخبير – وهذه الحالات هى :

(١) إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص٧٥١ .

أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

(ب) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم فى أعماله الخاصة أو وصيًا عليه أو قيمًا أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى .

(ج) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصيًا أو قيمًا عليه مصلحة فى الدعوى القائمة .

(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد إعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية ، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم إستطاعته أداء مأموريته بغير تحيز (م١٤١) .

ويحصل طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضى الذى عينه وذلك فى ثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه (م١٤٢) .

ولا يسقط الحق فى طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد إنقضائه (م ١٤٣) .

ولا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على إختيارهم إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه (م١٤٤) .

ويحكم فى طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فيه بأى طريق . وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن مائة جنيهاً ولا تزيد على أربعمائة جنيهاً (م١٤٥)(١) .

٣- قواعد وإجراءات مباشرة الخبير للمأمورية :

٣٦٣- على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخاً لا يجاوز الخمسة عشر

---

(١) معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩

يوماً التالية للتكليف المذكور فى المادة ١٣٨ وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبر فيها بمكان أول إجتماع ويومه وساعته .

وفى حالات الإستعجال يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة العمل فى الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر . وعندئذ يدعى الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الإجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل – وفى حالات الإستعجال القصوى يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور فى الحال .

ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير (م١٤٦) (١) .

وإذا لم يثر الطاعن أمام محكمة الموضوع بطلان عمل الخبير لعدم دعوته إياه فإنه لا يقبل منه التحدى بل لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

متى كان المشرع قد نص صراحة على بطلان أعمال الخبير فى حالات حددها فى القانون ، وكان هذا البطلان منصوصاً عليه بلفظه على النحو الوارد بتلك المادة ، فإن الحكم به يكون وجوبياً كلما قام موجبه دون بحث فيما إذا كان قد ترتب أو لم يترتب على إغفال الإجراء ضرر بالمتمسك بالبطلان ، وذلك إعتباراً بأن المشرع عندما نص عليه قدر أهمية الإجراء وإفتراض ترتب الضرر على مخالفته (٣) .

ويجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح (م١٤٧) .

ويسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع – بغير يمين – أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله إذا كان الحكم قد أذن له فى ذلك (م١٤٨) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/١/١٢ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٣٢ – وما بعدها .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٥/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص٩٥٦ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/٦/١٧ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٩٣٢ .

وإذا تخلف بغير عذر مقبول أحد من الخصوم جاز للمحكمة بناء على طلب الخبير أن تحكم بغرامة مقدارها أربعون جنيهاً . وللمحكمة إقالته من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً .

اتخاذ الحكم من أقوال الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى - دون حلف يمين - دليلاً على ثبوت الوقائع الجائز إثباتها بالقرائن ، لا يعيبه (١).

ويجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر في المحضر ، كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم (م١٤٩) .

وعلى الخبير أن يقدم تقريراً موقعًا منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي يستند إليها بإيجاز ودقة .

فإن كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا واحداً يذكر فيه رأى كل منهم وأسبابه (م١٥٠) .

إن الطعن على تقرير الخبير بأنه بنى ما إنتهى إليه من نتائج على أسباب لا أصل لها في الأوراق لا يعد تزويراً ، وسبيل الطعن في إثبات ذلك هو مناقشة تقرير الخبير وإبداء إعتراضاته عليه لا الطعن عليه بالتزوير ، فإذا رفضت محكمة الإستئناف الإستجابة إلى طلب الطاعن إعادة القضية إلى المرافعة للطعن بالتزوير في تقرير الخبير للسبب المتقدم ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (٢) .

٤- إيداع تقرير الخبير ، وتقدير أتعابه :

٣٦٤- يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه ، فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٣ - م . م. ف - ٢٣-٣-١٤٦٣ ، ونقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ - المرجع السابق - ٢-٩٦٣ .

(٢) نقض جلسة ١٩٦٧/٤/١٣ ، مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص٨١٢ .

الدعوى بعيداً عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له ، وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التى تنظر الدعوى .

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع فى الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل (م١٥١) .

وإذا لم يودع الخبير تقريره فى الأجل المحدد فى الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل إنقضاء هذا الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التى حالت دون إتمام مأموريته .

وفى الجلسة المحددة لنظر الدعوى إذا وجدت المحكمة فى مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحته أجلاً لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره .

فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيهًا ومنحته أجلاً آخر لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره أو إستبدلت به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه .

ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بإبدال الخبير وإلزامه برد ما قبضه من الأمانة وإن كان التأخير ناشئاً عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن عشرين جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة جنيهاً ، ويجوز الحكم بسقوط حقه فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين خبير (م١٥٢) .

وللمحكمة أن تأمر بإستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره إن رأت حاجة لذلك ، ويبدى الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه ، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة مفيداً فى الدعوى (م١٥٣) .

طلب الخصوم مناقشة الخبراء ليس حقاً يتحتم على المحكمة إجابته بل هى صاحبة السلطة فى تقدير ما إذا كان هذا الإجراء منتجاً أو غير منتج(١) .

وللمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٣/٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص٩٠٦ .

الخطأ أو النقص فى عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق (م١٥٤).

إن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب تعيين خبير مرجح متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير المنتدب ومن القرائن الأخرى ما يكفى لإقناعها بالرأى الذى إنتهت إليه (١) .

لا إلزام على محكمة الموضوع فى أن تجيب الخصم إلى طلب الإستعانة بخبير إستشارى ، إذ الأمر فى إجابة هذا الطلب وعدم إجابته متروك لتقديرها (٢) .

إن ما نصت عليه المادة ٢١٤ مرافعات (ملغى) من تعيين خبير آخر أو ثلاثة خبراء آخرين إنما هو رخصة منحها المشرع للمحكمة ، فلا يعاب عدم إستعمالها . وما دامت المحكمة قد إطمأنت إلى تقرير الخبير الذى عينته فى الدعوى ولم تر لزومًا لتعيين خبير آخر فلا رقيب عليها فى ذلك(٣) .

إن المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب إعادة المأمورية إلى الخبير أو مناقشته متى رأت فى تقريره وفى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها (٤) .

إن للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه فى المحضر (م١٥٥) .

إن رأى الخبير لا يقيد المحكمة (م١٥٦) .

أى جدل حول كفاية الدليل هو جدل موضوعى لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض ، طالما أن المحكمة قد إقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها الخبير بسلامة الأسس التى بنى عليها (٥) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٨/٣/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – ص٥٩٩ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٥٥٩ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٦٧/٥/١١ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٩٥٦ .
(٤) نقض – جلسة ١٩٦٩/١/٧ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٤٥ .
(٥) نقض – جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٩٠٦ .

لمحكمة الموضوع أن تأخذ بتقرير الخبير كله ، كما لها أن تأخذ ببعض ما جاء به وتطرح بعضه ، إذ هي لا تقضى إلا على أساس ما تطمئن إليه فيه(١) .

تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آرائهم فيما يختلفون فيه ، هو مما يستقل به قاضى الموضوع (٢) .

إن محكمة الموضوع غير ملزمة برأى الخبير الذى ندبته لإثبات حقيقة الحال فى الورقة المطعون عليها بالتزوير (٣) .

وتقدر أتعاب الخبير ومصروفاته برأى يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التى عينته أو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى .

فإذا لم يصدر هذا الحكم فى ثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها ، قدرت أتعابه ومصروفاته بغير إنتظار الحكم فى موضوع الدعوى (م١٥٧) .

ويستوفى الخبير ما قدر له من الأمانة ، ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم ، وكذلك على الخصم الذى قضى بإلزامه بالمصروفات (م١٥٨) .

وللخبير ولكل خصم فى الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه (م١٥٩) .

ولا يقبل التظلم من الخصم الذى يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه إيداع الباقى من المبلغ المقدر لخزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير (م١٦٠) .

ويحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ، ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر التظلم فى غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام ، على أنه إذا كان قد

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٧٦ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢٦ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٢٢٠ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٦٧/١/٣١ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٢٨٥ .

حكم نهائياً فى شأن الإلزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم فى التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات (م١٦١) .

وإذا حكم فى التظلم بتخفيض ما قدر للخبير جاز للخصم أن يحتج بهذا الحكم على خصمه الذى يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس أمر التقدير دون إخلال بحق هذا الخصم فى الرجوع على الخبير (م١٦٢).

أصول قضائية حديثة فى الخبرة :

٣٦٥- محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب تعيين خبير مرجح ، متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير المنتدب من القرائن الأخرى ما يكفى لإقناعها بالرأى الذى إنتهت إليه ، وكان لها فى حدود سلطتها التقديرية أن تأخذ بتقرير الخبير كله أو بعضه طبقاً لما تطمئن إليه فى قضائها (١) .

محكمة الموضوع غير مقيدة برأى الخبير ، وحسبها أن تضمن حكمها الرد على ما جاء بتقرير الخبير (٢) .

يجوز للمحكمة أن تستند إلى صورة رسمية من تقرير خبير كان قد قدم فى دعوى أخرى ، ما دامت الصورة قد قدمت فى الدعوى وأصبحت بذلك ورقة من أوراقها يتناضل الخصوم فى دلالتها (٣) .

لا يعيب الحكم وقد أخذ بتقرير الخبير المنتدب فى الدعوى ألا يرد بأسباب خاصة على ما ورد فى التقرير الإستشارى بعد أن أفصح عن أنه لم يرد فيه ما ينال من صحة تقرير الخبير الذى إطمأن إليه وأخذ به (٤) .

من حيث أنه إزاء عدم دفع أمانة الخبير ، فإنه يتعين لذلك وإعمالاً لنص المادة ١٣٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ التقرير بسقوط حق

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - ص١٥٩ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص٣٢٢ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٤ - المرجع السابق - ص٣٧٧ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٧١/٥/٢٥ - المرجع السابق - ص٦٦٩ .

المستأنف فى التمسك بالحكم التمهيدى الصادر بندب خبير (١) .

إن قضاء الحكم المطعون فيه بأن الورم الذى كان بقدمى المورث لا علاقة له بسرطان الكلية وأنه وليد زلال أو تعب فى القلب دون الإستعانة بخبير من الأطباء ، هذا القضاء بالعلم الشخصى للقاضى غير جائز (٢) .

عمل الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات الواقعية فى الدعوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع التى لها سلطة الأخذ بما إنتهى إليه إذا رأت فيه ما يقنعها ويتفق وما إرتأته أنه وجه الحق فى الدعوى ما دام قائماً على أسباب لها أصلها فى الأوراق وتؤدى إلى ما إنتهى إليه (٣) .

لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى لم تر إجابة الطاعن إلى طلب الكشف عليه بمعرفة كبير الأطباء الشرعيين متى وجدت فى أدلة الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ – المرجع السابق – ص٦٢١ – ودمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٢ – القضية ٨٦ سنة ١٩٧٠ مدنى مستأنف . واصول المرافعات المدنية – للدكتور احمد مسلم – طبعة ١٩٦٩ – ص٦٢٧ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – قضاء مدنى – ص٣٩٥ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ – الطعن ٩٩٦ لسنة ٥٥ق (أحوال) .

(٤) نقض – جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ – الطعن ٣٦ لسنة ٥٤ق (أحوال) .

نظرية الأحكام الشرعية

- ذاتية الأحكام الشرعية ، والمنهج الشرعى فيها .
- قواعد إصدار الأحكام ، وتصحيحها ، وتفسيرها .
- الأحكام الغيابية ، والحضورية ، والمعتبرة كذلك .
- أصول المرافعات الشرعية فى الإستئناف .
- أصول المرافعات المدنية فى التماس إعادة النظر ، والنقض .

ذاتية الأحكام الشرعية والمنهج الشرعى فيها

تمهيد :

٣٦٦- بعد أن تسمع المحكمة الشرعية (دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة المدنية الآن بعد سريان القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية وتوحيد جهات القضاء) الدعوى ، ودفاع ودفوع طرفيها، وأدلة الإثبات والنفى وفقًا لما شرحناه فى **(نظرية الدعوى)و(نظرية الإثبات)**، تصدر المحكمة فيها حكماً، وهذا الحكم هو السند التنفيذى الذى عليه مدار **(نظرية التنفيذ)** التى يضمها هذا المؤلف .

وكانت اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ تنظم قواعد الأحكام وأنواعها وطرق الطعن فيها فى البابين الرابع والخامس من الكتاب الرابع منها ، فى المواد من ٢٧٣ حتى ٣٤٢ .

ولم يلغ القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من هذه الأحكام سوى إثنين وعشرين مادة ، هى :

المواد من ٢٧٣ إلى ٢٧٩ الواردة ضمن الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الرابع من اللائحة (قواعد عمومية) .

والمادة ٣٢٨ الواردة فى الفصل الثانى منه (فى الإستئناف) .

والمواد من ٣٢٩ إلى ٣٣٥ الواردة فى كل الفصل الثالث من الباب الخامس (فى التماس إعادة النظر) .

والمواد من ٣٣٦ إلى ٣٤٠ الواردة فى كل الفصل الرابع (فى طلب تصحيح الحكم أو تفسيره) .

والمادتان ٣٤١ و ٣٤٢ الواردتان فى كل الفصل الخامس منه (فى الطعن فى الأحكام ممن تتعدى) .

ومن هذا البيان يظهر أن ما بقى فى الأحكام الشرعية من القواعد بعيداً عن الإلغاء ثمانية وأربعون مادة سوف تكون محل دراستنا فى البابين الأول والثانى .

وفيما خلا ما تضمنته هذه الأحكام الباقية ، فإن إستكمال عناصر البحث يقتضيها الرجوع إلى أصول المرافعات المدنية فى شأن باقى قواعد الأحكام العمومية وفى طريق الطعن غير العاديين وهما : التماس إعادة النظر ، والنقض ، أخذاً بحكم المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

أولاً – ذاتية الأحكام الشرعية :

٣٦٧– كما أن الدعوى الشرعية ، ولوسائل إثباتها ذاتية خاصة ، وسمات تميزها ، وذلك على النحو السابق إبرازه فى الكتابين الأول والثانى من هذا المؤلف ، فإن للأحكام ذاتية خاصة وسمات مميزة سواء من حيث تعريفها ، أو من حيث أقسامها ، أو من حيث إعتبارها حضورية أو غيابية[١] وما إلى ذلك مما سيذكر من الأصول .

تعريف الحكم الشرعى :

٣٦٨– لم يرد باللائحة الشرعية تعريف للحكم وإن كانت قد بينت أقسامه وقواعده وطرق الطعن فيه .

ولقد تولى الفقهاء تعريفه – فقالوا :

هو ما يصدر من القاضى لإفادة لزوم الحق وثبوته ، كقوله (ألزمت) و(قضيت) .

٣٦٩– وينقسم الحكم إلى ثلاثة أقسام : قولى ، وفعلى ، وضمنى .

فالقولى [٢] نوعان : قضاء إستحقاق ، وقضاء ترك . والأول يكون

---

(١) أهم المراجع : شرح اللائحة الشرعية – للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد– ص٤١٧ وما بعدها . ومباحث المرافعات والدعاوى الشرعية – للشيخ محمد زيد الإبيانى – ص٢٧ وما بعدها . والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية– للقاضى على قراعة – ص١٥ وما بعدها .

(٢) ويطلق صاحبا شرح اللائحة على هذا النوع من الأحكام أيضاً بأنه قضاء قصدى ، إذ هو ما صدر فى أمر قصداً . وأنه يشترط فى هذا النوع تقدم الدعوى متى كانت من حقوق العباد (شرح اللائحة الشرعية للأستاذين قمحة وعبد الفتاح – ص٤١٩).

بقولى القاضى (حكمت أو قضيت) ، والثانى يكون بمنع المدعى من المنازعة كمثل قوله (ليس لك حق) أو (أنت ممنوع من المنازعة) .

والفعلى يكون بصدور فعل من القاضى فيما يكون محلاً للحكم ، كتزويج صغير أو صغيرة هو وليها ، وشراؤه وبيعه مال اليتيم وقسمة عقاره فهذا كله يعتبر حكماً ، وهذا النوع لا يحتاج إلى دعوى (١) .

والضمنى هو ما كان المحكوم فيه غير مقصود بذاته ، بل هو داخل ضمن المحكوم به قصداً ، كما لو شهد إثنان على خصم بحق ، وذكر إسمه وإسم أبيه وجده ، فقضى القاضى بذلك الحق ، وقد تضمن هذا القضاء النسب أيضاً ، مع أن واقعة النسب لم تكن محل الدعوى .

الصورة الأولى التنفيذية والصورة البسيطة من الحكم :

٣٧٠- الصورة الأولى التنفيذية من الحكم الشرعى هى التى يمكن التنفيذ بمقتضاها ، ولكى تكون لها القوة التنفيذية يجب أن تكون مذيلة بصيغة التنفيذ الوارد بالمادة ٣٤٢ من اللائحة الشرعية (٢) والتى خرجت عن دائرة الإلغاء ، لا تعطى هذه الصورة إلا للمحكوم له لكى تكون سنده إلى التنفيذ حين يطلبه .

ولا تتعدد الصورة الأولى التنفيذية (٣) ولكن يجوز الحصول على بدل

---

(١) وهذا النوع من الأحكام شبيهة بالأوامر الإدارية .

(٢) وهذه الصيغة هى : « يجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ ان تبادر إليه متى طلب منها . وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو بإستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقاً لنصوص اللائحة » .

(٣) إذا تعدد المحكوم له فى قضية واحدة أعطيت لهم صورة تنفيذية واحدة . فإن طلب أحدهم بعد ذلك صورة فلا تعطى له إلا صورة بسيطة برسم – وإذا حكم لكل من الطرفين على الآخر فى خصومة واحدة أعطى لكل منهما صورة تنفيذية (منشور الحقانية رقم ١٦٠٥ الصادر بتاريخ ١٩١١/١/٢٣) – هذا ولا تعطى الصورة التنفيذية من الأحكام الحضورية الإبتدائية إلا بعد مضى ميعاد الإستئناف ما لم يكن التنفيذ المؤقت مأموراً به فى الحكم أو منصوصاً عليه فى اللائحة – أما الأحكام الغيابية فلا تعطى صورة تنفيذية منها إلا بعد إعلان الحكم إعلاناً بسيطاً ومضى ثمانية ايام على الأقل . ما لم يكن التنفيذ المؤقت واجباً (منشور الحقانية=

فاقد منها – متى تبين فقد الصورة الأولى ، بشرط أن يسبق ذلك تكليف المحكوم عليه بالحضور وأخذ معلوماته إن أمكن (١) .

وتقضى المادة ٣٥٣ مرافعات ملغى (المقابلة للمادة ١٨٣ مرافعات جديد) بأنه لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا فى حالة ضياع الصورة الأولى ، وقد قصد المشرع من هذا الشرط تفادى تكرار التنفيذ بمقتضى سند تنفيذى واحد وصيانة حق المدعى عليه الذى يكون قد أوفى بالمحكوم به أو بجزء منه وإكتفى بالتأشير بحصوله بخط الدائن على صورة الحكم التنفيذية فإذا نازع المحكوم عليه فى فقد الصورة التنفيذية الأولى ، فإنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات(٢) ، كل ذلك ما لم تكشف ظروف النزاع أن الخصومة والحوار القضائى بين الطرفين قد بلغ من الحدة حداً يكشف عن عدم جدية المنازعة(٣) إعطاؤه لأى شخص بعد أداء الرسم المقرر ، ما لم يكن الإستلام بقصد أما الصورة البسيطة من الحكم فتكون خالية من الصيغة التنفيذية ، ويمكن إعلان الحكم ، فعندئذ لا تعطى إلا لأصحاب الشأن ، ولا يتكرر الإعطاء لهذا الغرض إلا عند الضرورة .

وقد قضى فى طلب الحكم بإستلام صورة ثانية من حكم نفقة ...

وبجلسة ١٩٧٥/١١/٩ قضت المحكمة غيابياً للمدعية على المدعى عليه بالتصريح لها بإستخراج وتسلم صورة تنفيذية ثانية من حكم النفقة

=فى ١٩١١/٤/٢٢ والحكم الصادر برفض الدعوى لا يذيل بالصيغة التنفيذية إذ لا محل لتنفيذه (كتاب الحقانية رقم ٤٤١ لمحكمة طنطا الكلية بتاريخ ١٩١٣/١/١٨) .

(١) منشور الحقانية رقم ٢٧٩٥ فى ١٩١٠/٦/٧ ، وقواعد المرافعات للأستاذ العشماوى وزميله – جزء ٢ – طبعة ١٩٦٣ . والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – طبعة ١ – مجلد ١ –ص٤٣٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٩/٥/١٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – مدنى وأحوال – العدد ٢ – ص٧٩١ .

(٣) دمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٧٥/٦/٢١– الدائرة الأولى الشرعية – القضية ١٥٠ سنة ١٩٧٤ – أحوال نفس مستأنف .

المذكـورة للتـنفـيـذ بهـا بدلاً مـن الصـورة المفـقـودة ، وألزمت المدعـيـة بالمصاريف[1] .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة ١٨٣ مرافعات تشترط لجواز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم المحكوم له ، ضياع الصورة الأولى التنفيذية – وإذ أذنت المحكمة بتسليم صورة ثانية تنفيذية دون أن تكشف مدونات حكمها عن الوجه الذى إستخلصت منه ضياع الصورة التنفيذية الأولى ، ومن غير أن تتحقق من فقدها ، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور.

وقضى أيضاً فى دعوى إبتغت المدعية بها الحكم بأحقيتها فى تسلم صورة ثانية من الحكم الصادر لها على المدعى عليه بنفقتها ونفقة صغيرة لها فقدت منها الصورة الأولى ...

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٢ حكمت المحكمة غيابيًا للمدعية على المدعى عليه بتسليمها صورة ثانية من حكم هذه المحكمة الصادر بتاريخ ١٩٧٤/١٢/١١ فى القضية رقم ٢٢٣ سنة ١٩٧٢ أحوال شخصية إيتاى البارود نفس للتنفيذ بها من أول يناير سنة ١٩٧٤ وألزمتها المصاريف (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١– أنه لما كان لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم الذى يطلبها إلا إذا أثبت هو فقد الصورة الأولى ، لأنه هو الذى يدعى واقعة الفقد فيتحمل عبء إثبات ما يدعيه ، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ، وإذ كان الحكم لم يتحقق من فقد الصورة التنفيذية الأولى وإعتبر فقدها ثابتاً بما قررته المدعية نفسها فى صحيفة الدعوى من ضياعها وعدم قيام دليل ينقض هذا الإدعاء ، فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب .

٢– أنه لما كانت المنازعة المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند

---

(١) بندر الزقازيق – جلسة ١٩٧٥/١١/٩ – القضية رقم ١٨٦ سنة ١٩٧٥ أحوال شخصية نفس .

(٢) إيتاى البارود – جلسة ١٩٧٤/١٢/٢ – القضية ٢١٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس .

ضياع الأولى لا تمتد إلى ذات الحق موضوع الحكم المطلوب صورته ، وإنما هى قاصرة على المنازعة فى التسليم ، فإن الحكم إذ واجه فى قضائه تحديد بدء التنفيذ بالصورة التى رخص بها للمدعية يكون - فضلاً عن قضائه بما لم تطلبه المدعية - قد خالف القانون .

ومن حيث أنه لما كانت المادة ١٨٣ مرافعات تقضى بعدم جواز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا فى حالة ضياع الصورة ، وتحكم المحكمة التى أصدرت الحكم فى المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياع الصورة الأولى بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر ، ذلك أن قلم الكتاب لا يملك إعطاء صورة تنفيذية ثانية إلا بناء على حكم (قواعد المرافعات- للأستاذين محمد وعبد الوهاب العشماوى - جزء ٢ - طبعة ١- ص١٠٦٣ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - طبعة ١- مجلد ١- ص٤٢٤) ، فقد تفادى المشرع تكرار التنفيذ بمقتضى سند تنفيذى واحد صيانة للحق المدعى عليه الذى قد يكون أوفى بالمحكوم به أو بجزء منه وإكتفى بالتأشير بحصوله بخط الدائن على الصورة التنفيذية ، فإذا نازع المحكوم عليه فى فقد الصورة التنفيذية الأولى ، فإنه يقع عليه عاتق عبء إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات (نقض - جلسة ١٥/٥/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى وأحوال - العدد ٢- ص٧٩١) كل ذلك ما لم تكشف ظروف النزاع أن الخصومة والحوار القضائى بين الطرفين قد بلغ من الحدة حداً يكشف عن عدم جدية المنازعة . (دمياط الإبتدائية - الدائرة الأولى الشرعية - جلسة ٢١/٦/١٩٧٥ - القضية ١٤٠ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مستأنف) .

ثانياً - المنهج الشرعى فى الأحكام :

٣٧١- تقضى المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية بأن الأحكام تصدر وفقاً لما هو مدون باللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد (١) .

---

(١) ذلك أن الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال=

ومرد إنحصار القضاء فى المذهب الحنفى ، أن هذا المذهب كان سائداً فى مصر منذ عام ١٩٢٣ لتبعيتها للدولة العثمانية ، فقد كان هذا المذهب يتسم بفروع تلائم إتجاه الحكام العثمانيين بالنسبة لنظام الحكم ، إذ كان يجيز تقليد الإمام غير القرشى ، وعدم ضمان ولى الأمر فى التعزير ، والترخيص له بأن يأخذ الأموال قهراً لتقوية الجيش ، وبعدم تملك الأرض الموات إلا بإذنه ، والترخيص له بتأجير الأرض الخراجية رغماً عن صاحبها لإستيفاء الخراج .

ولما كان الأخذ بالمذهب الحنفى لا يحقق سعادة الناس فى كل الأحوال ، وكان من الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكلفت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الإجتماعية كلما إستعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجًا من الضيق وفرجاً من الشدة (١) . ومن أجل هذا أخذ المشرع ببعض المذاهب فى كثير من القوانين .

ولذلك كان المنهج الشرعى فى الأحكام الشرعية يقوم على الأصول التالية :

الأول – أن الأحكام الواردة باللائحة الشرعية هى التى تتبع بصفة أساسية .

الثانى – أن الراجح فى المذهب الحنفى هو الذى يتبع فيما عدا ما يلى:

=الشخصية وتصدر الأحكام طبقاً لما هو مدون بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة أو لما ورد بالقوانين الخاصة . فإذا خلت تلك القوانين من قواعد خاصة . وجب الرجوع إلى ارجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة (نقض – جلسة ١٩٦٦/٣/٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – مدنى وأحوال – ص٧٨٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الثالث – أن الأحكام الواردة فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ – الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية – والتى إستقاها المشرع من بعض المذاهب الأخرى ، هى التى تتبع دون غيرها .

الرابع – أن الأحكام الواردة فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية – والتى إستقاها المشرع من بعض المذاهب الأخرى ، هى التى تتبع دون غيرها .

الخامس – أن الأحكام الواردة فى :

(١) القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث .

(٢) والقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوقف .

(٣) والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية .

هى التى تتبع فى تلك المسائل دون سواها .

الباب الأول

الأحكام الشرعية

الفصل الأول

قواعد إصدار الأحكام الشرعية ، وتصحيحها ، وتفسيرها

٣٧٢- القانون الواجب التطبيق بالنسبة لقواعد إصدار الأحكام الشرعية ، وتصحيحها ، وتفسيرها هو قانون المرافعات المدنية إعمالاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، لأن المواد التى كانت تنظمها فى اللائحة الشرعية قد تناولها القانون المذكور بالإلغاء (١) .

ولقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بشأن المرافعات المدنية الجديد .

إصدار الأحكام فى المواد من ١٦٦ حتى ١٨٣ منه .

وتصحيح وتفسير الأحكام فى المواد من ١٩١ حتى ١٩٣ منه .

أولاً - قواعد إصدار الأحكام :

٣٧٣- الحكم هو القرار الذى تصدره محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً فى خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكان صادراً فى

---

(١) يراجع فى ذلك : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور احمد أبو الوفا - المجلد ١ - ص٢٩١ وما بعدها . وكتابه : نظرية الأحكام - ص٧٢ وما بعدها ، وأصول المرافعات - للدكتور أحمد مسلم - والوسيط فى شرح قانون المرافعات - للدكتور رمزى سيف - ص٦٦٦ وما بعدها ، وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه للأستاذ محمد كمال عبد العزيز ، ص٢٠٩ وما بعدها ، والوجيز فى مبادئ القضاء المدنى - للدكتور وجدى راغب - المرجع السابق - ص٤٤٦ وما بعدها .

موضوع الدعوى أو فى شق منه أو فى مسألة متفرعة عنه ، فإذا تضمن الحكم ما يفيد صدوره من أربعة مستشارين بدلاً من ثلاثة ، يترتب عليه بطلانه ، لتعلق التشكيل بأسس النظام القضائى (١) .

وتكون المداولة سراً بين القضاة مجتمعين .

والمداولة هى المشاورة بين اعضاء المحكمة فى منطوق الحكم وأسبابه بعد إنتهاء المرافعة وقبل النطق به (٢) .

ومع ذلك فإن تضمين الحكم بيان أنه صدر بعد المداولة أمر لم يوجبه القانون وكل ما فرضه القانون هو وجوب صدور الحكم بعد المداولة والأصل فى الإجراءات أنها روعيت وعلى من يدعى خلال ذلك إقامة الدليل عليه (٣) .

كما يعتد فى تكييف الحكم بطبيعته وفقاً لنصوص القانون (٤) .

كما يكون الحكم فى موضوع الدعوى مشتملاً على قضاء ضمنى فى الإختصاص النوعى (٥) .

ولا يترتب أى بطلان إذا أغفلت المحكمة وصف الحكم فى منطوقه بأنه حضورى أو غيابى ، إذ العبرة بحقيقة الواقع المستمد من أوراق الدعوى (٦) .

كما لا يعتد بوصف المتدخل فى الإستئناف بأنه يتدخل تدخلاً إنضمامياً إذا كان تدخله فى حقيقته إختصامياً (٧) .

---

(١) نقض – جلسة ١٨/٥/١٩٧٢– مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢– ص٩٥٩ .

(٢) نظرية الأحكام – للدكتور احمد ابو الوفا – ص٨٣ .

(٣) نقض – جلسة ٢٤/١٠/١٩٦٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص٧٠٨ .

(٤) نقض – جلسة ١٦/٢/١٩٦٧ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٣٨٧ .

(٥) نقض – جلسة ٧/١٢/١٩٦٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٨٠٢ .

(٦) نقض – جلسة ٢٨/٥/١٩٦٦ – المرجع السابق – ص٤٥٢ . ونقض – جلسة ٢٠/٢/١٩٦٩ – المرجع السابق – السنة ٢٠ ، ص٢٦٨ – ونقض – جلسة ٩/٥/١٩٧٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ ، العدد ٢– ص٨٢٨ .

(٧) نقض – جلسة ١٩/٥/١٩٦٦ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٨٩ .

وأن الأسباب تكمل المنطوق (١) .

وتعتبر المسائل المتعلقة بالنظام العام مطروحة على المحكمة دائماً بغير حاجة إلى الإدلاء بها من جانب الخصوم ، وأن تكييف الدعوى بكيفها الصحيح أمر يتعين على القاضى أن يقوم به من تلقاء نفسه (٢) .

ويجوز تعديل الطلبات حتى قفل باب المرافعة شفاهة أو بإنتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات بشرط إطلاع الخصم الآخر على هذا التعديل (٣) .

وإذا لم يقدم الخصم مذكراته فى الميعاد الذى حددته المحكمة بعد حجز القضية للحكم . فلا تثريب على المحكمة إذا رفضت بعدئذ طلب مد أجل الحكم لتقديم المذكرة (٤) ، ولا يعد إخلالاً بحق الدفاع إستبعاد مذكرة قدمت بعد الميعاد (٥) .

وأن القاعدة المقررة فى المادة ١٥٥ من الدستور أن يصدر الحكم بإسم الأمة ويترتب على مخالفتها بطلان الحكم بطلاناً متعلقاً بالنظام العام (٦) ، ومع ذلك فإن خلو الحكم مما يفيد صدوره بإسم الأمة أو الشعب لا ينال من شرعيته أو يمس ذاتيته ، ذلك أن نص الدستور على أن تصدر الأحكام وتنفذ بإسم الأمة أو الشعب يفصح عن أن هذا الصدور فى ذاته أمر مفترض بقوة الدستور نفسه وأن يراد ذلك بورقة الحكم ليس إلا عملاً مادياً لاحقاً كاشفاً عن ذلك الأمر المفترض وليس منشئاً له (٧) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١٢٣٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٥/٦/٣ – المرجع السابق – ص٦٧٨ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ – المرجع السابق – ونقض – جلسة ١٩٧٠/٦/٢ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٩٦١ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ – المرجع السابق – ص٩٣٨ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٧٢/٦/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٢– ص١١٣٨ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦ . المرجع السابق – العدد ٣– ص١١٥٤ .

(٦) نقض – جلسة ١٩٧٤/٤/٢١ – المرجع السابق – السنة ٢٣ .

(٧) نقض – جلسة ١٩٦١/٥/٤ – المرجع السابق – السنة ١٢ – ص ٤٥٣ .

ويعتبر أمر تقدير أتعاب المحاماة الصادر من مجلس نقابة المحامين بمثابة حكم صادر فى خصومة (١) .

وأن تحديد ماهية الحكم منوط بقانون الدولة التى يراد التمسك فيها بالحكم وأن القاضى هو الذى يحدد بنيان الحكم الذى أصدره (٢) .

ولا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً (م١٦٧ مرافعات) .

وأن العبرة بزوال ولاية أحد رجال القضاء فى المحكمة المنقول منها هى بإبلاغه رسمياً من وزارة العدل بالقرار الجمهورى بنقله (٣) .

إن تقديم شهادة من قلم الكتاب بأن الهيئة التى أصدرت الحكم هى بذاتها التى سمعت المرافعة لا يصلح كدليل لنفى ما ورد فى محضر الجلسة على خلاف ذلك (٤) .

ذلك أنه يجب أن يتضمن الحكم بيان المحكمة التى أصدرته وتاريخ ومكان إصداره وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وإشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته ، و أن إغفال بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلانه (٥) .

ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً (م١٦٧ مرافعات) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٨/١/٩ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٥ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/١/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١٧٦ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٦٠/١/١٤ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص٤٧ ، ونقض – جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ١– ص٧٦ .
(٤) نقض – جلسة ١٩٦٤/٥/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – ص٢٤٢ .
(٥) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٩٥٩ . والأصل فى ثبوت تجاوز أو عدم تجاوز المحكمة مرات مد اجل الحكم التى حددها القانون دون إعتبار لما ثبت فى جدول المحكمة خلافًا لذلك (نقض – جلسة ١٩٧٣/٢/١٧– المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص٢٥٥) .

فحتى يعتبر الحكم باطلاً يشترط أن يكون قد بنى على ما قاله الخصم فى غياب خصمه أو بنى على الأوراق المقدمة من أحدهم دون إطلاع الآخر عليها ، فهنا يتحقق الإخلال بحقوق الدفاع (١) .

وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء ، فإذا لم تتوافر وتشعبت الآراء لأكثر من رايين وجب أن ينضم الفريق الأقل عدداً أو الفريق الذى يضم أحدث القضاة لأحد الرايين الصادرين من الفريق الأكثر عدداً وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية (م١٦٩) .

ويجب أن يحضر القضاة الذين إشتركوا فى المداولة تلاوة الحكم ، فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يوقع مسودة الحكم (م١٧٠) .

ويتعين أن يبين فى ذات الحكم أن القاضى الذى لم يحضر النطق به قد إشترك فى المداولة فيه ووقع على مسودته وإلا كان باطلاً (٢) .

إن تخلف أحد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به بسبب قهرى تعين توقيعه على مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه ، وأنه يجب أن يثبت فى الحكم حلول غيره محله وقت النطق به ، وأنه يترتب البطلان على مخالفة ذلك (٣) .

ويجب توقيع الرئيس والقضاة على مسودة الحكم المشتملة على أسبابه ، وليس بلازم أن تتعدد توقيعاتهم بتعدد أوراق المسودة (٤) .

إنه وإن كان الترتيب الطبيعى للفصل فى المنازعة أن تفصل المحكمة أولاً فى النزاع القائم حول إختصاصها بنظر الدعوى ، فإذا إنتهت إلى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٤/٤/٩ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص٥٤١ ، ونقض – جلسة ١٢/٣ / ١٩٦٤ – المرجع السابق – ص١٨٨ ونقض – جلسة ١٩٦٧/٢/١٨– المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٣٠ . ونقض – جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١٣٠٢ . ونقض – جلسة ١٩٧٠/١١/١٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص١١٢٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٤/٥/٧ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص٦٤٢ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ – المرجع السابق – السنة ١٩– ص ١٥٠١ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢ – المرجع السابق – ص٢٣٨ .

إختصاصها بنظره ، فإنها تفصل بعد ذلك فى موضوع المنازعة ، إلا أن عدم إتباع هذا الترتيب لا يعيب الحكم ، ذلك أن كل ما إشترطه قانون المرافعات فى المادة ١٣٢ منه أن تبين المحكمة إذا ما رأت ضم الدفع بعدم الإختصاص للموضوع ما حكمت به فى كل منها على حدة (١) .

ولا تغنى مسودة الحكم عن كتابة نسخته الأصلية ، إعتبار نسخة الحكم الأصلية هى أصل ورقة الحكم ، وأن وجوب إصدار الحكم بإسم الأمة ينصرف إلى نسخة الحكم الأصلية (٢) .

وأنه يجب توقيع أعضاء الهيئة التى أصدرت الحكم على مسودة الحكم المشتملة على أسبابه ، ويترتب البطلان على مخالفة ذلك ، وأنه لا يكفى توقيع أعضاء الهيئة على الورقة المتضمنة منطوق الحكم متى كانت منفصلة عن الأسباب (٣) ، والبطلان هنا قائم بسبب متعلق بالنظام العام ، يجوز إبداؤه فى أى وقت ، وللمحكمة أن تأخذ به من تلقاء نفسها (٤) ، وليس بلازم تعدد توقيعاتهم بتعدد أوراق المسودة ، ولا يترتب البطلان على التوقيع على الورقة الأخيرة المشتملة على جزء من الأسباب إتصل بالمنطوق (٥) .

أما نسخة الحكم الأصلية فليس مما يبطلها عدم توقيع كاتب الجلسة عليها ما دامت موقعة من رئيس الجلسة (٦) .

ولم ينص القانون على البطلان جزاء لعدم توقيع الدائرة على محضر الجلسة ، وإذا لم يبين الطاعن وجه مصلحته فى التمسك به ، فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس (٧) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٣/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص٣٥٢ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢ – المرجع السابق – ص٣٢٨ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٦٩/٣/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١٥٠ .
(٤) نقض – جلسة ١٩٦٩/١/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١٢١١ .
(٥) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٨٧٢ .
(٦) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/١ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٥٢٢ .
(٧) نقض – جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٧٦٣ .

ويجوز للمحكمة عقب إنهاء المرافعة أن تنطق بالحكم فى الجلسة ويجوز لها تأجيل إصداره إلى جلسة أخرى قريبة تحددها (م١٧١) .

ولا يترتب بطلان متى جاء هذا التعجيل بعد إستيفاء طرفى الخصومة دفاعهما شفوياً ومذكراتهما الختامية (١) .

وإذا إقتضت الحال تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك فى الجلسة مع تعيين اليوم الذى يكون فيه النطق به وبيان أسباب التأجيل فى ورقة الجلسة وفى المحضر ، ولا يجوز إصدار الحكم لها بعدئذ إلا مرة واحدة (م١٧٢) .

ولا تثريب على محكمة الموضوع إن هى لم تجب الطلب المقدم إليها بفتح باب المرافعة فى الدعوى ، إذ تصبح إجابة هذا الطلب أو عدم إجابته من الإطلاقات (٢) .

إن مجرد تأجيل النطق بالحكم من يوم إلى آخر لا يمكن أن يبطل الإجراءات ويعد مؤثراً على الحكم الصادر فيها (٣) ، وأن إجابة طلب مد أجل الحكم من الإطلاقات التى لا يعاب على المحكمة عدم الإستجابة إليه (٤) .

وأنه لا يترتب أى بطلان بسبب عدم التوقيع على أسباب التأجيل فى ورقة الجلسة أو فى المحضر (٥) .

وأنه لا يتعين إعلان طرفى الخصومة بقرار المحكمة بمد أجل النطق بالحكم (٦) ، كما أن بيان أسباب تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية ، هو من النصوص التنظيمية التى لا يترتب البطلان على مخالفتها (٧) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٤/١/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص١١٦١ – ونقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١ – المرجع السابق – ص١٢٢٨ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٩/٥/١٢ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١١٢١ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٩/٧/٣ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص١١١١ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٦٧/١/١٤ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٤٧ .

(٦) نقض – جلسة ١٩٦٥/٣/٣ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٢٤٤ .

(٧) نقض – جلسة ١٩٧٣/٢/٨ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١– ص١٨٥ .

ولا يجوز فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم إلا بقرار تصرح به المحكمة فى الجلسة ولا يكون ذلك إلا لأسباب تبين فى ورقة الجلسة وفى المحضر (م١٧٣) ، ويجب إخطار طرفى الخصومة للإتصال بالدعوى عند إعادتها للمرافعة ، ووسيلة الإخطار الإعلان القانونى أو ثبوت الحضور وقت النطق بالقرار (١) .

وينطق القاضى بتلاوة منطوقه مع أسبابه ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً (م١٧٤) .

ويجب أن يكون النطق بالحكم فى جلسة علنية ولو حصلت المرافعة سرية وإلا كان العمل باطلاً (٢) .

ويجب أن تكون الأحكام مبنية على أسباب واضحة وجلية (٣) .

ويجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً ويكون المتسبب فى البطلان ملزماً بالتعويضات إن كان لها وجه (م١٧٥) .

وإذا لم تودع الأسباب يوم النطق بالحكم ، كان معنى هذا أن القضاة قد نطقوا بالحكم قبل أن يتداولوا فى أسبابه ويتفقوا عليها وتستقر عقيدتهم على أساس فيها ، فحكمهم إذن يكون قد خلا من هذه الضمانة التى يحرص عليها الشارع ، فهو حكم باطل (٤) .

ويجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة (م١٧٦) . ذلك أن قضاء المحكمة ليس هو المنطوق وحده ، وإنما هو ذات القول الفصل فى النزاع أو فى جزء منه ، أياً كان موضعه سواء فى الأسباب أو فى المنطوق (٥) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٨٩٠ . وتستقل محكمة الموضوع بتقدير جدية طلب إعادة الدعوى للمرافعة (نقض – جلسة ١٩٧٢/١١/١٦ – المرجع السابق – العدد ٢ – ص١٢٥٠) .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٥/٥/٥ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٥٥٧ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٠/٦/٣ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٩٧٥ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص٤٠٩ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٧٠/١/١٢ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص١٥٩ .

إن ضم دعويين تتحدان سببا وموضوعًا للحكم فيهما ، الطلب فى إحداهما هو ذات الطلب فى الأخرى ، إنتهاء الحكم المطعون فيه إلى أن الضم يترتب عليه إندماجهما لا مخالفة فيه للثابت فى الأوراق من وحدة الدعويين(١) . أما إذا كانت الدعويان تختلفان سببًا وموضوعًا ، فإنه لا يترتب على ضمهما إدماج إحداهما فى الأخرى . وعلى ذلك يكون تحريك إحداهما – فى حالة إتحاد الدعويين – بعد إنقطاع سير الخصومة فيهما شاملاً للقضيتين (٢) ، كما أن ضم الدعويين المتحدتين من شأنه أن يجعل للمحكمة الحق فى أن تتخذ من المستندات المودعة فى إحداهما دعامة لقضائه فى الأخرى (٣) .

والتناقض الذى يبطل الحكم هو ما تتعارض فيه الأسباب وتتهاتر وتتماحى ويسقط بعضها بعض بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم ويحمله(٤) .

ولا تثريب على محكمة الدرجة الثانية إن هى أخذت بأسباب حكم محكمة أول درجة دون إضافة (٥) ، كما تجوز الإحالة على أسباب الحكم المحال عليه فيما لا يتعارض مع الأسباب التى أوردتها محكمة الإستئناف(٦).

فمتى كان صدور الحكم المطعون فيه على خلاف الحكم الإبتدائى الذى ألغاه لا يعد من قبيل التناقض فى أسباب الحكم الواحد ، وإنما يهدر أسباب

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٠/٣/١٧ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص٢٣٤ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/١٠ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٨٩٨ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧١/١/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص١٤٨ . ونقض– جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ – السنة ٢٣ – العدد ٢– ص٩٢٦ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص١٣١٠ . وذات الجلسة – ص١٣٢٨ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٦٠/٥/٥ – المرجع السابق – السنة ١١– ص٣٠٩ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ١. ص٦٧ .

(٦) نقض – جلسة ١٩٦٠/٦/٩ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص٤٢٥ ، ونقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٣ – ص١٤٠٩ .

الحكم الإبتدائى ويتضمن الرد المسقط لها متى أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله (١) .

عدم جدوى النعى على الحكم الإبتدائى بالقصور إذا كان الحكم الإستئنافى المطعون فيه قد أقام قضاءه على أسباب تكفى لحمله (٢) .

ولا يعيب الحكم إغفاله ذكر مواد القانون التى طبقها على وقائع الدعوى متى كانت النصوص الواجب إعمالها مفهومة من الوقائع التى أوردها (٣) .

ويجب أن يكون الحكم دالاً بذاته على إستكمال شروط صحته ، بحيث يكون من غير الجائز تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق من طرق الإثبات (٤) .

وليست محكمة الموضوع ملزمة بإيراد بيان مفصل لأوراق الدعوى متى أصدرت حكمها بعد الإطلاع على هذه الأوراق (٥) . على أنه يتعين على المحكمة بحث مجموع المستندات المتعلقة بالنزاع ، ولا يشفع فى ذلك إحالة الحكم فى شأنها دون مناقشة دلالتها (٦) .

إن الأسباب القانونية الخاطئة فى الحكم لا أهمية لها ما دام متفقًا مع

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٠/١/١١ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٢٨٤ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٤٦٢ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٣/١٧ – السنة ٢٤ – ص٢٦٥ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٠/١٢/٨ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص٦٣٥ . ونقض– جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص١١٥٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٠/٢/٤ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص١١٧ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٨/٤/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٣٨٠ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٢٦٤ .

(٦) نقض – جلسة ١٩٧٠/٢/٢٤ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ٣٠٦ . ونقض – جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٨٠٣ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٣ –ص ١٦٨ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٧ – المرجع السابق – ص٩٤١ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٥ – المرجع السابق – ص١٢١١ .

صحيح القانون (١) ، ولا يعيب الحكم خطؤه فى بيان السنة التى صدر فيها القانون الذى إستند إليه (٢) .

إن الطلب الذى تلتزم المحكمة ببيان سبب رفضها له هو الطلب الصريح الجازم (٣) .

إذا أقيم الحكم على دعامتين ، الأولى صحيحة وحدها وكافية لحمل قضائه ، فإن تعييبه فى الدعامة الثانية – بفرض صحته – يكون غير منتج(٤) .

ولا يعيب الحكم ببعض القرائن أو قيامه بالرد عليها ما دام أنه إنتهى إلى ما قضى به بأدلة تحمله (٥) ولا عليه إن لم يتتبع الخصوم فى

---

(١) نقض – جلسة ١٩/١١/١٩٦٨ – المرجع السابق – السنة ١٩–ص١٧٣٦ .
ونقض– جلسة ١٢/١/١٩٧٣ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ٢١ – ص٦٢.
ونقض – جلسة ١/٢/١٩٧٣ – المرجع السابق – ص١٢٥ .

(٢) نقض – جلسة ٣٠/٤/١٩٧٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٨٧٢ .
ونقض– جلسة ٢٠/١/١٩٧٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ١– ص٧٦ .

(٣) نقض – جلسة ١١/١/١٩٦٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٥٤ . والطلب الجازم هو الذى يقرع سمع المحكمة (نقض – جلسة ١٩/٤/١٩٧١ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص٦٢ . ونقض – جلسة ٢٥/٣/١٩٧١ – المرجع السابق – ص٤١١ . ونقض – جلسة ٢٥/٥/١٩٧٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٦٧٤.

(٤) نقض – جلسة ٢٥/١١/١٩٧٠ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص١١٦٢ .
ونقض – جلسة ١٢/٤/١٩٧٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٧٤٧ .
ونقض– جلسة ٢٥/١٠/١٩٧٢ – المرجع السابق – ص ١٢١٦ . ونقض – جلسة ١٧/٢/١٩٧٣ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١– ص٢٥٥ .

(٥) نقض – جلسة ١٣/٢/١٩٦٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٢٦٤ . وأنظر بحثاً فى تسبيب الأحكام ورقابة محكمة النقض عليه للأستاذ أحمد سالم الشورى (القاضى) . المحاماة – السنة ٣٥ – العدد ١– ص١٦٩ وما بعدها ، وقد أورد به أن كل دعوى تتألف من جميع ما يثيره الخصوم من أوجه النزاع فى المسائل الواقعية والقانونية وعلى القاضى أن يفصل فيها جميعاً ليتحرى وجه الحق فى أمرها . وللفقهاء فى التمييز بين الأسباب المستندة إلى وقائع الدعوى وتلك المستندات إلى القانون طريقتان : الأولى – تنحصر فى متابعة خطوات القاضى عند نظرالدعوى=

مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ، ويرد إستقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه ، ما دام قيام الحقيقة التى إقتنع بها وأورد دليلها ، فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (١) .

وتحفظ مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه بالملف ولا تعطى منها صور ، ولكن يجوز للخصوم الإطلاع عليها إلى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية (م١٧٧) .

ويجب أن يبين فى الحكم المحكمة التى أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادراً فى مادة تجارية أو مسألة مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وإشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية إن كان وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفوع وخلاصة ما إستند إليه من الأدلة الواقعية والحجج ومراحل الدعوى ورأى النيابة ، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه - والقصور فى أسباب الحكم الواقعية أو النقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم . كذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم (م١٧٨) .

إذا كان الحكم قد بين فى صدره الهيئة التى أصدرته (٢) ثم نوه فى خاتمته بأن عضو تلك الهيئة الذى لم يحضر تلاوة الحكم قد وقع على

= فيقولون أنه يبدأ بفحص وقائعها وتقرير الصحيح الثابت . ثم يتبع ذلك بإعطاء ما يثبت لديه منها الأوصاف القانونية ثم ينتهى إلى إيقاع الحكم على مقتضى هذا التكليف . ونقض - جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١- ص١٦٠ .

(١) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص٥٠٦ . ونفس الجلسة - ص٥١٦ . ونقض - جلسة ١٩٧٣/١/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٤- العدد ١- ص٦٢ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٩٥٩.

مسودته ، ومن ثم فإن النعى عليه بالبطلان يكون على غير أساس (١) .

ولا يترتب على البطلان على عدم بيان مكان المحكمة التى أصدرت الحكم ما دام إسم المحكمة التى أصدرته مبيناً فيه (٢) .

إن إغفال الحكم فى ديباجته ذكر إسم القيم بإعتباره ممثلاً للمحجور عليه ومباشر الخصومة عنه لا يعتبر خطأ جسيمًا ينتفى به وجه الحق فى التعريف بشخص الخصم وبالتالى لا يترتب عليه البطلان (٣) .

ومن المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه يجب على محكمة الإستئناف عند الحكم بإلغاء الحكم المستأنف أن تذكر الأسباب التى من أجلها قضت بإلغائه ، أما فى حالة الحكم بتعديله فلا ينصب هذا الوجوب إلا على الجزء الذى شمله هذا التعديل فقط ، ويعتبر الجزء الذى لم يشمله التعديل كأنه محكوم بتأييده وتبقى أسباب حكم محكمة أول درجة قائمة بالنسبة له (٤) .

متى كان الحكم قد إلتزم صحيح القانون وبنى على أسباب تحمله ، فإنه لا يؤثر فى قضائه بعد ذلك إعتناقه تفسيراً معيناً لمادة من القانون(٥).

ولا يبطل الحكم إذا وقع فى أسبابه خطأ فى القانون ما دام أن هذا الخطأ لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى إنتهى إليها (٦) .

إن إغفال الحكم الفصل فى أحد الطلبات (٧) لا يصلح سبباً للطعن فيه

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص١٢٣ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص١٩٤٣ .
ونقض - جلسة ١٩٥٦/٤/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص٥٥٣ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص٤١٢ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٩٦٤ .
ونقض - جلسة ١٩٧٠/٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢١- ص١٥٦٤ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٤٦٢ .

(٦) نقض - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٢٥٠ ،
ونقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص١٧٦ .
ونقض- جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩- المرجع السابق - ص ٧٨١ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦ - المرجع السابق - ص١٣٩٨ .

(٧) فلا يقبل الإستئناف إلا عن الطلبات التى فصل فيها الحكم صراحة أو ضمناً (نقض- جلسة ١٩٧٠/٥/١٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص٨٢٠) .

بالنقض إذ علاج هذا الإغفال هو الرجوع إلى محكمة الموضوع لنظر هذا الطلب والحكم فيه (١) ذلك أن هذا الطلب يظل باقيًا على أصله معلقًا أمام محكمة الموضوع لنظره (٢) ، وأن خطأ الحكم فى بيان رقم الدعوى التى رفع عنها الإستئناف ، خطأ مادى لا يصلح سببا للطعن بالنقض (٣) .

وجوب بيان أسماء الخصوم وصفاتهم فى الحكم ، الخطأ الجسيم والنقص فى هذا البيان يترتب عليه بطلان الحكم ، فإسم أحد المستأنفين بيان جوهرى يترتب على إغفاله بطلان الحكم (٤) .

أما النقص أو الخطأ فى أسماء الخصوم وصفاتهم الذى لا يكون من شأنه التشكيك فى حقيقة الخصم وإتصاله بالخصومة المرددة فى الدعوى لا يبطله (٥) .

إغفال الحكم الإشارة إلى دفاع جوهرى قصور (٦) ، وحسب الحكم الإشارة إلى ما ورد بأقوال الشهود بما ينبئ عن مراجعتها ، بغير إلتزام بذكر جميع أقوال الشهود (٧) .

ويوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص٨٩٦ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٢/٢ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص١١٢ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٢ – المرجع السابق – ص٩٦٣ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/١٠– المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١– ص٢١٩ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/٢/٢ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٥٣٨ . ونقض – جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ – ١٦ – ٥١٨ . ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/١ – ٢٤–١–٢١٩.

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/١٣ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٧١٥ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٨/٤/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٨٣٠ .

(٥) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١١ – المرجع السابق – العدد ٢٣ – ص٨٧٦ . ونقض– جلسة ١٩٧٣/٢/٨ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص٦١ .

(٦) نقض – جلسة ١٩٦٨/٦/٤ – المرجع السابق – ص١٠٩٣ – ونقض جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٤ – المرجع السابق – ص١٤٧٤ . ونقض – جلسة ١٩٦٤/٥/٧ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص ٦٤٣ . ونقض – جلسة ١٩٦٢/١٢/٩ – السنة ١٢ – ص١١٥٠ .

(٧) نقض – جلسة ١٩٧٣/١/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – العدد ١ – ص٦٢ .

وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ فى ملف الدعوى ، وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة فى القضايا المستعجلة وسبعة أيام فى القضايا الأخرى وإلا كان المتسبب فى التأخير ملزمًا بالتعويضات (م١٧٩) .

ولا يبطل الحكم عدم ذكر موطن المطعون عليه متى تضمن تعريفًا بالخصوم تعريفاً نافياً للجهالة مانعاً من اللبس (١) .

لم يتطلب المشرع فيما يتطلبه من بيانات فى الحكم أن يذكر فيها إسم كاتب الجلسة ، الأمر الذى يفيد أن بيان إسم هذا الكاتب ليس أمراً جوهرياً فى نظر المشرع (٢) .

ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن فى الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م١٨٠) .

وتختم صورة الحكم التى يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أو يذيلها بالصيغة التنفيذية ولا تسلم إلا للخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذه (١٨١) .

وإذا إمتنع قلم الكتاب عن إعطاء الصورة التنفيذية الأولى جاز لطالبها أن يقدم عريضة بشكواه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى أصدرت الحكم ليصدر أمره فيها طبقًا للأوضاع المقررة فى باب الأوامر على العرائض (م١٨٢) .

ولا تسلم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا فى حالة ضياع الصورة الأولى ، وتحكم المحكمة التى أصدرت الحكم فى المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياع الأولى بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر (م١٨٣) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/١/٦ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص٢٧ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١٢٧٨ .

ثانياً – تصحيح الأحكام وتفسيرها

(١) تصحيح الأحكام :

٣٧٤– تتولى المحكمة تصحيح ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة . ذلك أن سلطة المحكمة فى تصحيح ما يقع فى حكمها من خطأ مقصورة على الأخطاء المادية البحتة التى لا تؤثر على كيانه ولا تفقده ذاتيته (١) .

ويجوز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه فى الفقرة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح ، أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على إستقلال (م١٩١ مرافعات) .

فإذا كان قضاء الحكم فى منطوقه برفض الإستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف ، على حين أن الإستئناف كان مرفوعًا عن حكمين ، فإن هذا الحكم لا يكون باطلاً وتصححه ذات أسبابه التى أشارت إلى الحكمين وما قضى به فى كل منهما وإلى أنهما فى محلهما وإلى رفض الإستئناف موضوعاً (٢) .

ولما كان الإستئناف ينقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الإستئناف ويعيد طرحه عليها مع أسانيده القانونية وأدلته القانونية فإنه يكون لهذه المحكمة بما لها من ولاية فحص النزاع أن تتدارك ما يرد فى الحكم المستأنف من أخطاء مادية وأن تقضى على موجب الوجه الصحيح (٣) .

والمحكمة المختصة بتصحيح الحكم هى المحكمة التى أصدرته سواء

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – العدد ٢– ص١٠٤٢ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – ص٤٨٨ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص٧٠٠ .

أكانت جزئية أم إبتدائية أم محكمة إستئناف ، وعلى ذلك فإذا كان الخطأ الذى شاب الحكم لا يعدو أن يكون خطأ مادياً بحتًا فإنه لا يصلح سببًا للطعن بطريق النقض ، والشأن فى تصحيحه إنما يكون للمحكمة التى أصدرته (١) .

وعدم صحة الرقم المقضى به متى كان مرجعه مجرد خطأ حسابى فسبيل إصلاحه هو الإلتجاء إلى محكمة الموضوع لا الطعن فى الحكم بطريق النقض (٢) .

وكذلك الخطأ فى عدم ذكر رقم الدعوى المنضمة يعد خطأ مادياً (٣) .

فالأصل فى تصحيح الأحكام أن يكون بطريق الطعن المقررة لا بدعوى مبتدأة وإلا إنهارت قواعد الشئ المحكوم فيه وإتخذ التصحيح تكئة للمساس بحجيته وإستثناء من هذا الأصل وللتيسير أجاز القانون تصحيح ما عساه أن يقع فى منطوق الحكم من أخطاء مادية بحتة كتابية كانت أو حسابية كطلب من أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة (٤) .

ويشترط لإجراء التصحيح أن تكون الأخطاء مادية بحتة أى لا تؤثر على كيان الحكم بحيث تفقده ذاتيته وتجعله مقطوع الصلة بالحكم المصحح(٥) .

(٢) تفسير الأحكام :

٣٧٥- يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٤/١/٢١ - المرجع السابق - السنة ٥ - ص٢٠ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٢/١١/٢٧ - المحاماة - السنة ٣٤ - ص١٠٥٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - العدد ٢- ص٧١٥ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٥/٣/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ٢٥٢ .

(٥) نقض - جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص١٤٨ . ونقض- جلسة ١٩٦٥/٣/٣ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص٢٥٢ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٩ - السنة ٢٣ - ص ٧٢٤ .

المعتادة لرفع الدعوى ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متممًا من كل الوجوه للحكم الذى يفسره ، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية (م١٩٢) .

ويشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم قطعياً ولو كان وقتياً ، وأن يكون قد شاب منطوق الحكم غموض أو إبهام أو شك فى تفسيره أو يحتمل أكثر من معنى (١) .

ومتى كانت أسباب الحكم المكملة لمنطوقه من الوضوح بما لا يدع مجالاً للغموض فى حقيقة ما قضى به ، فإن النعى على الحكم بالتناقض والغموض يكون على غير أساس (٢) .

الطلب بتفسير ما وقع فى منطوق الحكم من غموض أو إبهام حتى يمكن الرجوع إلى المحكمة التى أصدرته ، يقدم بالأوضاع المعتادة وغير محدد بموعد يسقط بإنقضائه الحق فى تقديمه . فإذا كان قضاء الحكم واضحاً لا يشوبه غموض أو إبهام فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والمساس بحجيته ، وإنما يكون السبيل إلى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد بإحدى طرق الطعن القابل لها (٣) .

(٣) إغفال الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية :

٣٧٦- إذا أغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه (م١٩٣) .

فإذا كانت المحكمة قد أغفلت الحكم فى طلب قدم إليها لأول مرة ولم

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٦- ص٣٧٥ .

(٢) نقض - جلسة ٢٥/ ١٩٦٦/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٥٨٢ .
ونقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص٧٣٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - ص١٢٣٩.

تعرض له فى أسبابها ، فإن هذا الطلب يبقى معلقًا أمامها ، وعلاج هذا الإغفال يكون بالرجوع إلى نفس المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه إن كان له وجه ، ومن ثم فهو لا يصلح سبباً للطعن بطريق النقض (١) .

ولا يتقيد اللجوء إلى المحكمة لنظر الطلب المغفل بميعاد معين (٢) .

ولا يجوز الطعن فى الحكم بسبب إغفاله بعض الطلبات لأن الطعن لا يقبل إلا عن الطلبات التى فصل فيها الحكم المطعون فيه صراحة أو ضمناً(٣) ، وإنما يتعين وفقًا لنص المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات السابق (م١٩٣ مرافعات جديد) الرجوع إلى المحكمة التى أصدرت هذا الحكم لتستدرك ما فاتها الفصل فيه (٤) .

وجوب تسبيب قرار تنحى الولى عن الولاية :

٣٧٦مكرراً – (١) تقدم الولى الطبيعى بطلب أبدى فيه رغبته فى التنحى عن الولاية ....

حققت النيابة الطلب ... ثم عرضته على المحكمة بالموافقة على قبول التنحى وتعيين وصية على القصر .

وبجلسة ١٩٧٤/١١/٢٣ قررت المحكمة قبول تنحى الولى الطبيعى وتعيين ... وصية على القصر (٥) .

ولم تحرر للقرار أسباب ..

ويؤخذ على هذا القرار أن المقر بنص المادة الأولى من القانون ١٩٩

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٦٣٦ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٥/٦/١٦ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص١٢٦٦ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٨ – ص٦٥٢ ، ونقض – جلسة ١٩٥٣/٣/٥ – المرجع السابق – السنة ٤– ص٥٥٦ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٢– مدنى وأحوال – ص٩٦٣ .

(٥) مصر القديمة – جلسة ١٩٧٤/١١/٢٣ – القضية ١٦٥ سنة ١٩٧٤ أحوال مال ، والقضية ١٦٦ سنة ١٩٧٤ أحوال مال مصر القديمة – جلسة ١٩٧٤/١١/٩ .

لسنة ١٩٥٢ أنه لا يجوز للأب والجد الصحيح أن يتنحى عن الولاية على مال القاصر إلا بإذن المحكمة ، وتوجب المادة ١٠١٨ مرافعات أن تودع قلم كتاب المحكمة أسباب القرارات القطعية فى مواد الولاية على المال والحساب .

والمقصود بقضاء المحكمة ليس هو المنطوق وحده ، وإنما هو ذات القول الفصل فى النزاع أو فى جزء منه ، أيًا كان موضعه ، سواء فى الأسباب أو فى المنطوق (نقض - جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - لسنة ٢١ - مدنى وأحوال - ص١٥٠) .

والحكم (أو القرار) القطعى هو ذلك الذى يضع حداً للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه ، بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته (نقض- جلسة ١٩٧١/٣/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مدنى وأحوال - ص٢٦٢) .

وتوجب المادة ١٧٥ مرافعات إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه ومنطوقه موقعة من القاضى عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلاً - لما كان ذلك وكان القرار لم تودع له أسباب ، فمن ثم كان باطلاً .

(٢) إبتغت المدعية من هذه الدعوى الحكم لها على مطلقها المدعى عليه بنفقة بنتهما (أسماء) من يوم الحكم ، وبأجرتى حضانتها لها ومسكن الحضانة ...

وبجلسة ١٩٧٤/٩/٢ قدم المدعى عليه مذكرة أنكر فيها الدعوى وبإقامته مع والده مقرراً بفقره ...

وبجلسة ١٩٧٤/١١/١٣ حكمت المحكمة حضورياً للمدعية على المدعى عليه بطلباتها فيما عدا أجرة المسكن فقد قضى بها من يوم الحكم[1].

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان يجب أن يبين فى الحكم ما قدمه الخصوم من طلبات ودفوع أو دفاع وخلاصة ما إستندوا إليه من الأدلة

---

(١) الشهداء - جلسة ١٩٧٤/١١/١٣ - القضية ٢٨٢ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى، والقضية ٣٣٩ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى الشهداء .

الواقعية (م١٧٨ مرافعات) ، فإن الحكم إذا أغفل فى مدوناته بيان ما أورده المدعى عليه فى مذكرته المؤرخة ١٩٧٤/٩/٢ وما قاله فى حق حالته المالية حسبما هو ثابت بمحضر جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢ ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

وفى دعوى نفقة زوجية ... وبجلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ قضت المحكمة غيابيًا للمدعية على المدعى عليه بأن يؤدى إليها فى كل شهر من ١٩٧٥/٦/١٩ مبلغ أربعة جنيهات لنفقتها بأنواعها الثلاثة ، وبأن يؤدى إليها فى كل شهر من يوم الحكم مبلغ مائة وثمانين قرشاً لطعام وكسوة وبدل فراش وغطاء ولدها منه (ياسر) وألزمت المدعى عليه بالمصاريف ، ورفضت ما عدا ذلك من الطلبات (١) .

وخلت نسخة الحكم الأصلية من توقيع السيد / القاضى .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت المادة ١٧٩ مرافعات توجب توقيع القاضى وكاتب الجلسة على نسخة الحكم الأصلية ، وإذا خلت صورة الحكم الأصلية من توقيع سيادته ، وهو بيان جوهرى ، فإن الحكم يكون مشوباً بالبطلان .

أصول قضائية حديثة فى الأحكام :

٣٧٦مكرر (١)- ١- الأصل فى إعتبار الحكم حضورى أو غيابى هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة (٢) .

٢- مفاد المادتين ٢٨٣و٢٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه (٣) .

---

(١) بندر الزقازيق - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٣ - القضية رقم ٤١٦ سنة ١٩٧٥ أحوال شخصية نفس ، والخانكة - جلسة ١٩٧٤/٤/٩ - القضية رقم ٦١ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس جزئى .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ - الطعن ٦ لسنة ٥١ق .

(٣) نقض - جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ - الطعن ١٦ لسنة ٥٣ق .

٣- العبرة بما أثبت بالحكم عند قيام تعارض بينه وبين ما أثبت بمحضر الجلسة (١) .

٤- لا يعيب الحكم إغفال ذكر نصوص المستندات التى إعتمد عليها ما دامت مقدمة إلى المحكمة ومبينة فى مذكرات الخصوم بما يكفى معه مجرد الإشارة إليها (٢) .

٥- إذا كانت محكمة أول درجة بعد أن سمعت أقوال شاهدى المطعون عليها قد أعادت الدعوى إلى المرافعة رغم أن أجل التحقيق كان ما زال ممتداً ملتفتة عن طلب الطاعن التأجيل لإحضار شهود النفى الذين كانوا قد حضروا بجلسة سابقة ولم تسمعهم المحكمة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ عول على البينة المشار إليها وأعرض عن تحقيق دفاع الطاعن ، يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والإخلال بحق الطاعن فى الدفاع (٣) .

٦- لما كانت الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية يجوز الطعن فيها بطريق المعارضة ، فإن عدم إعادة إعلان من لم يعلن لشخصه من المدعى عليهم الغائبين لا يترتب عليه - وعلى ما هو مقرر فى قضاء النقض - بطلان الحكم الصادر فى الدعوى ، وإنما يؤدى إلى مجرد إعتبار الحكم غيابياً فى حقه تجوز له المعارضة فيه أمام محكمة الموضوع ، قاعدة تنظيمية هدف المشرع من ورائها إلى تبسيط الإجراءات والحث على سرعة الفصل فى القضايا ، وليس من شأن الإخلال بها التأثير فى الحكم ، ومن ثم فلا يحق البطلان الحكم الذى أجل النطق به لأكثر مما نصت عليه المادة ١٧٢ مرافعات (٤) .

٧- لما كانت قواعد التحكيم الواردة فى المواد من ٧ إلى ١١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد أخذت عن مذهب الإمام مالك ، فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨٥/٥/٢١ - الطعن ٦٢ لسنة ٥٢ق .
(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ - الطعن ٧٥٩ لسنة ١٩٤٧ ق .
(٣) نقض - جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ - الطعن ٥٢ لسنة ١٩٥٢ ق .
(٤) نقض - جلسة ١٩٨٤/١/١٧ - الطعن ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ق (احوال) .

لم يرد به نص صريح فى المواد المشار إليها . وإذ كان هذا المذهب يشترط الذكورة فى الحكام على إعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة ، فيتعين الإلتزام بهذا الشرط وإن لم يرد له نص صريح فى المادة السابعة بعد تعديلها – لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكامًا فى الدعوى بأن كل من بينهم إمرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام ، فإن الحكم المطعون فيه إذ إتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلاً (١) .

٨– إذ خالف الحكم نصًا فى القرآن أو السنة أو خالف الإجماع فقد أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية على القاضى إبطاله وإهدار ماله من حجية(٢) .

٩– المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قوة الشئ المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم وما كان من الأسباب مرتبطاً بالمنطوق إرتباطاً وثيقاً ، وأنه إذ عرضت المحكمة – تزيداً فى بعض أسبابها – إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها أو لم تكن بها حاجة إليها للفصل فى الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك لا تكون له قوة الشئ المحكوم فيه .

١٠ – المقرر بنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق مما مفاده أن التمسك بحجية حكم يقتضى أن يكون هذا الحكم نهائياً لا يقبل فيه بطريق من الطرق العادية .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/١١ – الطعن ١٣ لسنة ١٩٥٥ق .

(٢) نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/٢٣ - الطعن ٤٦ لسنة ١٩٥١ق .

الفصل الثانى

الأحكام الغيابية، والحضورية، والمعتبرة كذلك

أولاً – الأحكام الغيابية :

٣٧٧– سبق بيان متى يكون الحكم غيابيًا ، ومتى يكون حضورياً ، ومتى يعتبر الحكم حضورياً .

وقد حددت المادتان ٢٨٣ ، ٢٨٤ من اللائحة الشرعية – اللتان خرجتا من دائرة الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ – قواعد الأحكام الغيابية ، فنصت المادة ٢٨٣ منهما على أنه إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون أعذار ولا نصب وكيل .

فالأصل عدم جواز الحكم على غائب ولا له إلا بحضور نائبه حقيقة أو حكمًا (كالوصى والوكيل) ومرد هذا الأصل قوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا على كرم الله وجهه حين جعله قاضياً اليمين :

« لا تقضى لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى » (١) .

إلا أن المادة ٢٨٣ من اللائحة الشرعية رخصت فى الحكم غيابيًا على المدعى عليه الذى أعلن فى الميعاد ، وذلك بعد سماع الدعوى وأدلتها ، من غير أعذار ولا نصيب وكيل ، خلافًا لما كانت توجبه اللائحة السابقة الصادرة فى سنة ١٩١٠ التى كانت توجب الأعذار إليه ثلاث مرات قبل نصب وكيل عنه .

ومؤدى نص هذه المادة أيضًا أن يكون المدعى عليه قد تخلف عن الحضور تمامًا فى جميع مراحل الدعوى حتى يعتبر الحكم الذى يصدر عليه غيابياً فى حقه .

---

(١) مباحث المرافعات والدعاوى الشرعية ، للشيخ محمد زيد الإبيانى – ص١٩٠ .

والأحكام الغيابية – على الوصف المتقدم – هى التى تقبل الطعن فيها بطريق المعارضة .

والحضور والغياب أمران ماديان ولهما وجود خارجى مشاهد ، وليس منهما أمراً إعتبارياً حتى يكون لوكيل المدعية تأول حضوره المادى بالجلسة بأن معناه عدم الحضور لقوله أنه غير حاضر وقد قدم فعلاً بإعتراضه على الصفة (١) وأن العبرة فى وصف الحكم بالحضورية أو الغيابية هو بحضور أو غياب المدعى عليه طبقاً لنص اللائحة الشرعية (٢) وتقضى المادة ٢٨٤ من اللائحة الشرعية أنه لا يصح التمسك بالحكم أو القرار فى حالة الغيبة إلا بعد إنفضاض الجلسة التى صدر فيها .

فقد جرى عمل المحاكم الشرعية على أنه متى صدر حكم أو قرار فى حالة الغيبة ثم حضر المحكوم عليه فى الجلسة التى صدر فيها وطلب إعادة القضية إلى الجدول لا يجاب إلى طلبه مع أنه لا يعد غائبًا عن الجلسة بل متأخراً عن ميعاد الحضور فقط وبدلاً من إلتجائه إلى طرق الطعن حاضراً ويعاد نظر الدعوى فلا يعتبر الحكم الغيابى حقاً مكتسباً لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة .

وعلى هذه القاعدة يسقط الحكم الصادر فى الغيبة متى حضر الغائب قبل إنتهاء الجلسة ويعتبر كأنه لم يكن ويعاد نظر الدعوى فى نفس الجلسة ، فإن كان الخصم الآخر فقد غادر المحكمة يجب تأجيل القضية وإعلانه بذلك من قبل الخصم الذى حضر أخيراً (٣) .

أن المادة ٢٨٤ من اللائحة الشرعية خاصة بالأحكام القضائية– دون القرارات الولائية الصادرة من هيئة التصرفات – وأن الحكم الغيابى لا يعتبر

---

(١) الأزبكية الشرعية ، جلسة ١٩٤٠/١٢/٣٠ ، القضية ١٩٧٦ – سنة ١٩٣٩ ، ١٩٤٠ أبحاث فى الأحكام للشيخ احمد شاكر – ص١٧٢ و ١٧٣ .

(٢) دمياط الإبتدائية – جلسة ١٩٦٣/٣/٢٤ – القضية ٦ سنة ١٩٦٣ احوال شخصية مستأنف . لم ينشر – والمنصورة الكلية للأحوال الشخصية – جلسة ١٩٦٣/١/١ . والقضية ٣٤٧ سنة ١٩٦٢ أحوال مستأنف .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية فى صدد المادة ٢٨٤ منها .

حقاً مكتسباً لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة ويسقط من تلقاء نفسه متى حضر الغائب قبل إنتهائها (١) .

وهذا النص عام يشمل جميع الأحكام التى يصدر فى غيبة المحكوم عليه سواء منها ما صدرت بعد إثبات الدعوى فى مواجهته أو إقراره بوقائعها وما صدر بعد إثباتها فى غيبته ، وكون الحكم يعتبر غيابيًا أو حضوريًا لا يغير هذه الحقيقة – وهو أنه صدر فى حالة الغيبة – وعليه يكون الحكم الذى اعتبر كأن لم يكن لإعادة القضية إلى الرول لا وجود له – وقد زال أثره– فلا يجوز إستئنافه (٢) .

ثانيًا – الأحكام الحضورية والمعتبرة كذلك :

٣٧٨– تناولت المواد من ٢٨٥ حتى ٢٨٨ من اللائحة الشرعية الأحكام الحضورية والمعتبرة كذلك ، وهذه المواد لم يتناولها الإلغاء الذى جاء به القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

فتقضى المادة ٢٨٥ من اللائحة بأن الأحكام الحضورية هى التى تصدر فى غير أحوال الغياب التى نصت عليها المادتان ٢٨٢و٢٨٣ من تلك اللائحة.

والحكم الحضورى هو ذلك الذى يسبقه تبادل المرافعة والمدافعة بين طرفى الخصومة إلى أن تتم المداولة بعد حجز الدعوى للحكم .

والحكم الحضورى إما أن يكون حضورياً حقيقة ، وإما أن يكون حضورياً إعتباراً .

والحكم الحضورى إعتباراً هو ذلك الذى يسبق صدوره إقرار بالحق ثم يتخلف المدعى عليه من الحضور ، أو إثبات الدعوى بعد إنكارها ، ثم يتخلف المدعى عليه عن الحضور ، فيوصف الحكم فى هاتين الحالتين بأنه معتبر حضورى .

---

(١) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٠/١/٢١ . المحاماة الشرعية – العدد ٧و٨ – ص٣٤٢ وما بعدها .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٤١/٣/٢ – المحاماة الشرعية – السنة ١٢– ص١٩ وما بعدها .

وهذه الأحكام المتقدمة هى التى نصت عليها المادة ٢٨٦ من اللائحة الشرعية ، سبق أن تناولناها عند الكلام على الجواب عن الدعوى [١] وأحكام الحضور والغياب فيها [٢] وذلك فى الكتاب الأول من هذا المؤلف (نظرية الدعوى) .

وأما المادة ٢٨٧ من اللائحة الشرعية التى تحدثت عن إثبات غيبة الغائب من الخصوم عند التعدد فقد تناولناها بالبحث فى الغياب والحضور وعقدنا المقارنة بين أحكامها وأحكام الأعذار التى نص عليها قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٨٤ منه ، وحددنا فى كل ذلك القانون الواجب التطبيق بالنسبة لكل منها ، وفى الرجوع إليها غناء عن التكرار وكفاية .

وقلنا أيضًا أن التخلف عن الحضور وقت النطق بالحكم لا يترتب عليه شطب الدعوى .

والفرق بين الحكم الحضورى حقيقة والحكم المعتبر حضورياً هو أن فى الأول يبدأ ميعاد الطعن فيه بالإستئناف (إن كان قابلاً للطعن فيه) من يوم صدور الحكم أما فى الثانى فإن ميعاد الطعن فيه بالإستئناف يبدأ من يوم إعلان الحكم المدعى عليه .

أصول قضائية حديثة فى الحكم الغيابى والحضورى :

٣٧٨ مكرراً – ١– الأصل فى إعتبار الحكم حضورياً أو غيابيًا هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة [٣] .

٢– مفاد المادتين ٢٨٣ ، ٢٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه [٤] .

---

(١) تراجع أحكام الجواب عن الدعوى فى الكتاب الأول (نظرية الدعوى) .

(٢) يراجع : الحضور والغياب . فى الكتاب الأول (نظرية الدعوى) .

(٣) نقض – جلسة ١٦ / ١٩٨٢/٢ – الطعن ٦ لسنة ١٩٥١ق (أحوال) .

(٤) نقض – جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ – الطعن ١٦ لسنة ٥٣ق (أحوال) .

٣- دعوى مطالبة بنفقة زوجية بنوعيها ..

وبجلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ حكمت المحكمة حضورياً إعتبارياً بإلزام المدعى عليه بأن يؤدى للمدعية ٣٥٠ قرشاً نفقة شهرية شاملة ... مع إلزامه بالمصاريف والأتعاب (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم :

١- مخالفة القانون ، إذ وصف الحكم بأنه حضورى إعتبارى رغم حضور المدعى عليه وجوابه عن الدعوى وإثباتها فى مواجهته وتقرير المحكمة حجزها للحكم فى مواجهته ، فيكون ذلك الحكم - إعمالاً للمادة ٢٨٥ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ حضورياً .

٢- قصوره فى التسبيب إذ إقتصر على بيان وقائع الدعوى وأقوال الشهود والقواعد الشرعية فى شأن نفقة الزوجة ، ولم ينزل ما خلص إليه من كل ذلك ووجه ما إستدل به على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ، وبنى عليه قضاءه فيها .

دعوى نفقة ...

حضر الطرفان .. وطلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق . حجزت القضية للحكم .. وبجلسة ٢/٢ /١٩٧٥ حكمت المحكمة حضورياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

وبجلسة التحقيق المنعقدة يوم ١٩٧٥/٣/٢٣ إستمعت المحكمة لشاهدى المدعية .. ولم يعلن حكم التحقيق إلى المدعى عليه الذى لم يحضر ولم يقدم شهوداً .

وبجلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ حكمت المحكمة معتبراً حضورياً بالنفقة (٢) .

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لما كانت قواعد الحضور والغياب محكومة

---

(١) الزيتون الشرعية - جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ - القضية ٩٤٢ سنة ١٩٧٤ شرعى ، والقضية ٤٨٠ سنة ١٩٧٤ شرعى الزيتون .

(٢) المنزلة - جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ - القضية ٢٤٢ سنة ١٩٧٤ احوال نفس .

فى مسائل الأحوال الشخصية بالمواد ٢٨٣ حتى ٢٨٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وذلك بالإعمال للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وكان مقتضى نصوص هذه المواد أن الحكم يكون غيابيًا إذا تمت إجراءات الإثبات وأقيم دليل الدعوى فى غياب المدعى عليه ، ولا يعتبر حضورياً إلا إذا صدر فى غياب الخصم وبعد إقراره بالدعوى أو إقامة الدليل عليها فى حضوره – لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الحكم بالتحقيق نفذ من قبل المدعية فى غياب خصمها فإن وصف الحكم بالحضور إعتباراً يكون – فضلاً عن الخطأ فى تطبيق القانون جاء متناقضًا مع أسبابه التى أقيم عليها .

٥– لما كان القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية قد ألغى بعض مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وإستبقى من بين ما إستبقاه المواد الخاصة بالأحكام الغيابية والمعارضة فيها ، ونص فى المادة الخامسة على أن : « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها » فقد دل على أنه أراد أن تبقى المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى تلك المسائل محكومة بذات القواعد التى كانت تحكمها قبل إلغاء المحاكم المذكورة وأن تظل اللائحة الشرعية هى الأصل الأصيل الذى يجب إلتزامه والرجوع إليه فى التعرف على أحوال المعارضة وضوابطها ، وكان النص فى المادة ٢٨٦ من اللائحة على أنه « إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإنكار وإثباتها بالطرق الشرعية حكم عليه فى غيبته بدون إعلان ، ويعتبر الحكم صادراً فى مواجهة الخصوم ، وكذلك إذا غاب المدعى عليه بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار ، مفاده أن الحكم لا يعتبر حضورياً إلا إذا كان الغياب بعد الجواب عن الدعوى بالإقرار أو بعد الثبوت عقب الإنكار ، أى إذا كان غياب المدعى عليه إنما جاء بعد قيام الدليل فى وجهه – لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة قد غابت

طوال جلسات نظر الإستئناف ، مما مفاده أن أدلة الدعوى لم تقدم فى مواجهتها ، فإن الحكم الإستئنافى الصادر غيابيًا فى ١٧/٦/١٩٨٤ (مأمورية دمياط) لا يعتبر حكماً حضورياً ، ولا يغير من هذا النظر وجود مذكرات كتابية مقدمة من الطاعنة تتضمن دفاعها وردها على أدلة الدعوى. ذلك أن المرافعة الشفهية – طبقاً للائحة – هى الأصل ، وليست المذكرات الكتابية سوى وسيلة لضبطها وبيان أوجه الدفاع بما يسهل الرجوع إليها ، وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وقضى بعدم قبول المعارضة فى الحكم الاستئنافى سالف الذكر على سند من أن الطاعنة قدمت مذكرة بدفاعها ، فيعتبر الحكم فى حقها حضورياً طبقاً لنص المادة ٢٨٦ ولا تقبل المعارضة فيه إعمالاً للمادة ٢٩٠ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (١) .

---

(١) نقض – جلسة ٢٧/٥/١٩٨٦ – الطعن ١٢ لسنة ٥٥ق (أحوال) – وكنا قد قدمنا هذا الطعن كمحام عن الطاعنة .

الفصل الثالث

الإلتزام بالمصاريف

القانون الواجب التطبيق فى مصاريف الدعوى :

٣٧٩- بقيت المادتان ٢٨١و٢٨٢ من اللائحة الشرعية بعيدتين عن دائرة الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والمادة ٢٨١ منهما نصت على الإلتزام بمصاريف الدعوى ، بينما نصت المادة ٢٨٢ منها على المعارضة فى تقدير المصاريف .

أما قانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد نص فى المواد من ١٨٤ حتى ١٩٠ منه على أحكام مصاريف الدعوى والتدخل والتعويض عن الدعوى الكيدية وتقدير المصاريف والتظلم من أمر تقديرها.

فتقضى المادة ٢٨١ من اللائحة الشرعية بأن :

« يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وإذا تضمن الحكم ثبوت حق لكل من الخصوم على الآخر فيما يدعيه كله أو بعضه جاز الحكم بالمقاصة فى المصاريف أو تخصيصها عليهم بحسب ما تراه المحكمة فى حكمها » (١) .

ونلاحظ أن هذا النص تناول حالة ما إذا قضى فى الدعوى بكل طلبات

---

(١) فقد قضت المحكمة العليا الشرعية بعدم سماع دعوى المصاريف والأتعاب عن الدرجة الأولى أمامها إبتداء ، وبأن إجابة بعض الطلبات فى الإستئناف وتأييد الحكم الإبتدائى فى باقيها مما يجعل الأتعاب تلتقى قصاصاً متى كان المجهودان متكافئين ويقتضى رفض دعوى الأتعاب . أن المطالبة بالرسوم كاملة مما يقتضى رفض الدعوى لأنه ليس من الميسور أن تقف المحكمة على مقدار ما يستحقه الطالب(العليا الشرعية - جلسة ١٩٤٩/٦/٢٣ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣ - ص٤٠ . والتعليق على نص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - المحاماة الشرعية - السنة ٥ - العدد ١و٢ - ص١٠ وما بعدها .

المدعى أو بعضها ، ولم يتناول حالة ما إذا كان المدعى عليه قد سلم بطلبات المدعى أو إذا كان المحكوم له قد تسبب فى إنفاق مصاريف لا فائدة منها ، أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بمضمون تلك المستندات .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المادة ٢٨٢ من اللائحة والخاصة بالمعارضة فى تقدير المصاريف قد أحالت على المواد ٢٣٦ و٢٣٧و٢٣٨ من اللائحة الشرعية وهى مواد ألغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وفى دعوى نفقة زوجية وصغيرة ... (١) .

ويؤخذ على هذا الحكم إغفاله الفصل فى طلب أتعاب المحاماة ، مما كان معروضاً على المحكمة ومن واجبها الفصل فيه - قضاؤه بالصاريف على سند من المادة ١٨٥ مرافعات ، حالة أن النص الواجب التطبيق هو نص المادة ٢٨١ من اللائحة الشرعية (٢) .

دعوى بطلب تخفيض مقرر .. .

وبجلسة ٩/١٠/١٩٧٥ لم يحضر أحد .

قررت المحكمة شطب الدعوى للتخلف وألزمت المدعى بالمصاريف (٣) .

ويؤخذ على هذا القرار أنه لما كان التقرير بشطب الدعوى هو قرار غير منه للخصومة ، فإن المحكمة إذ قررت شطب الدعوى مع إلزام رافعها بالمصاريف ، تكون قد خالفت نص المادة ١٨٤ مرافعات .

لذلك نرى إعمال أحكام قانون المرافعات فيما لم تتضمنه المادة ٢٨١

---

(١) مركز الزقازيق - القضية ٦٩٧ سنة ١٩٧٥ شرعى ، وبلبيس - القضية ٥٣٩ سنة ١٩٧٥ شرعى ، والقضية ٥١٠ سنة ١٩٧٥ و ١٨ سنة ١٩٧٤ - و٢٦ سنة ١٩٧٤ و١٣٤ سنة ١٩٧٣ شرعى الخانكة - جلسة ٢٦/٣/١٩٧٤ ، و٥٥٩ سنة ١٩٧٣ - و٥٥١ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس جزئى أبو قرقاص - و٥٨١ سنة ١٩٧٣ - و٦٤٤ سنة ١٩٧٣ أحوال نفس أبو قرقاص ، و٨٤ سنة ١٩٧٤ أحوال نفس مركز دمياط .

(٢) القضية ٥٥١ سنة ١٩٧٢ أحوال نفس جزئى بولاق .

(٣) فارسكور - جلسة ١٩/١٠/١٩٧٥ - القضية ١١٦ سنة ١٩٧٥ أحوال نفس .

من اللائحة ، وكذلك فى شأن التظلم من أمر تقدير مصاريف الدعوى أخذاً بمفهوم المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

الأصول القضائية الشرعية فى المصاريف والأتعاب :

١- المطالبة بمصاريف الدعوى تتبع الموضوع الخاص بها فى الإختصاص وفى صفة الحكم من جهة كونه إبتدائياً أو إنتهائياً ، والمنصوص عليه شرعًا أن كل خصم يخسر خصومه ويتضح أنه كان يخاصم بغير حق، يكون ملزمًا بمصاريف خصمه ، والمادة ٢٨١ من اللائحة لم تنشئ هذا الحق ، وإنما نظمت إجراءات طلبه (١) .

٢- إستقرت الدوائر المجتمعة للمحكمة العليا الشرعية على أن أتعاب المحاماة من المصاريف ، والمصاريف تتبع الدعوى الأصلية فى الإختصاص وفى صفة الحكم الذى يصدر فيها من جهة الإنتهائية وعدمها طبقًا للمادة ٢٨١ من اللائحة (٢) .

٣- إجابة بعض الطلبات فى الإستئناف وتأييد الحكم الإبتدائى فى باقيها مما يجعل الأتعاب تلتقى قصاصاً ، متى كان المجهودان متكافئين ، ويقتضى رفض الأتعاب (٣) .

٤- الحكم الصادر بتقدير الأتعاب من المحكمة المختصة بإصداره (وهى محكمة الموضوع فى الدعوى الأصلية) يكون نهائيًا أو غير نهائى تبعًا للحكم الأصلى – فإذا كان الحكم الصادر من المحاكم الجزئية فى قضايا التنفيذ (بالحبس) أو النفقة ، نهائيًا بطبيعته ، أو صار نهائيًا كان الحكم بالمصاريف نهائياً تبعاً له (٤) .

---

(١) العليا الشرعية – جلسة ١٩٢٨/٥/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ١و٢و٣ – ص٤٩ .

(٢) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٨/١٠/٥ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ٤و٥و٦ – ص١٦٢ .

(٣)العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٩/١/٢٣ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ١و٢ – ص٣٩ .

(٤) القاهرة الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥١/٢/٢٠ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢ – العدد ١و٢ – ص٧٦ .

٢- قواعد مصاريف الدعوى فى قانون المرافعات الجديد :

٣٨٠- نصت المادة ١٨٤ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذى تنتهى به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها فى مصاريف الدعوى ، ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل فى حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة .

وإذا تعدد المحكوم عليه جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالتساوى أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين فى أصل إلتزامهم المقضى فيه .

فلا يحكم بمصاريف الدعوى إلا على من خسرها وخاسر الدعوى هو من رفعها أو دفعها بغير حق [١] ووقوف الخصم موقفاً سلبيًا فى الدعوى دون التسليم بحق المدعى يوجب إلزامه بالمصروفات [٢] .

ويحكم بالمصاريف على الخصم الذى ألزمه بالحق المتنازع عليه ، أما الخصم المدخل فى الدعوى للحكم فى مواجهته والذى لم يكن له شأن بالنزاع ، فلا يجوز إلزامه بالمصروفات [٣] ، ولا يترتب البطلان على عدم دفع الرسم المستحق على الدعوى لأن تحصيل الرسوم من شأن قلم الكتاب[٤] .

إن المشرع إذ أدخل مقابل أتعاب المحاماة ضمن مصاريف الدعوى التى يحكم بها على من يخسرها فقد دل ذلك على وجوب الحكم بها على المحكوم عليه بالمصاريف [٥] ، ومناط القضاء بأتعاب المحاماة لمن كسب

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٨ - ص٩٦٧ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢- المرجع السابق - السنة ٢٣ - العدد ١- ص٤٥٧ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٧٣/٢/٨ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ١- ص١٢٥ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٧٣/٢/٦ - المرجع السابق - ص١٤٤ .
(٥) نقض - جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٩ - ص٨٢٩ .

الدعوى أن يكون قد أحضر محامياً للمرافعة فيها (١) .

ونصت المادة ١٨٥ مرافعات على أن للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذى كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه ، أو إذا كان المحكوم له قد تسبب فى إنفاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بمضمون تلك المستندات .

ونصت المادة ١٨٦ مرافعات على أنه إذا أخفق كل من الخصمين فى بعض الطلبات جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم ما دفعه من المصاريف أو بتقسيم المصاريف بينهما على حسب ما تقدره المحكمة فى حكمها ، كما يجوز لها أن تحكم بها جميعها على أحدهما .

فإذا كانت محكمة الإستئناف قد ألزمت كلاً من طرفى الخصومة بنصف المصروفات الإستئنافية دون المصروفات الإبتدائية رغم تعديلها للحكم المستأنف فإنها تكون قد جاوزت حدود الحق المخول لها قانوناً (٢) .

ونصت المادة ١٨٧ مرافعات على أنه يحكم بمصاريف التدخل على المتدخل إذا كانت له طلبات مستقلة وحكم بعدم قبول تدخله أو برفض طلباته .

فإذا كان المتدخل فى الدعوى ليس له طلبات مستقلة وإنما إنضم فيها إلى المدعى فيها فلا يكون ملزماً بأداء رسم الدعوى إلا إذا لم يكن هذا الرسم قد حصل من المدعى (٣) .

ونصت المادة ١٨٨ مرافعات على أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بها الكيد .

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل فى الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن جنيهين ولا تجاوز

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/١٣ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – العدد ٢– ص٧١٥.

(٢) نقض – جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٢ – المرجع السابق – السنة ١٠ – ص٥٨١ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٤/١٢/٢ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص١٩٩ .

عشرين جنيهًا على الخصم الذى يتخذ إجراء أو يبدى طلباً أو دفعاً بسوء نية .

إن حق الإلتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما وضع له وإستعماله إستعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة للغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض ، وسواء فى هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه (١) .

ونصت المادة ١٨٩ مرافعات على أن تقدر مصاريف الدعوى فى الحكم إن أمكن وإلا قدرها رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له ويعلن هذا الأمر المحكوم عليه بها ولا يسرى على هذا الأمر السقوط المقرر فى المادة ٢٠٠ (٢) .

فأوامر تقدير المصاريف القضائية المحكوم بها تختلف عن الأوامر على عرائض أحد الخصوم ، بل هى فى حقيقتها مكملة للحكم بالإلتزام ، ومن ثم فلا يكون هناك مسوغ للقول بتطبيق حكم السقوط عليها إذا لم تقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (٣) .

ونصت المادة ١٩٠ مرافعات على أنه يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر المشار إليه فى المادة السابقة . ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم وذلك خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان الأمر ، ويحدد المحضر أو قلم الكتاب على حسب الأحوال اليوم الذى ينظر فيه التظلم أمام المحكمة فى غرفة

---

(١) نقض – جلسة ١٠/١٠/١٩٥٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – ص٥٧٤ – ونقض – جلسة ٢٧/٥/١٩٦٥ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١٧٨ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ٢٠٠ مرافعات على أن يسقط الأمر الصادر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من إستصدار أمر جديد .

(٣) نقض – جلسة ٨/١٠/١٩٥٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – ص٨٤٢ .

المشورة ويعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام .

فالمحكمة التى أصدر رئيسها أمر التقدير هى التى تختص بنظر (المعارضة) فى هذا الأمر (١) بل عليها أن توقف التنفيذ حتى يفصل فى المعارضة فى أمر التقدير بقبولها شكلاً وكونها جائزة أو لا من المحكمة المختصة (٢) .

إذا كان مبنى المعارضة التى فصلت فيها محكمة الإستئناف أن الرسوم قد سقطت بمضى أكثر من خمس سنوات على تاريخ إستحقاقها ، وأن المورث المحكوم عليه بمصاريف الدعوى لم يترك شيئًا ، وأن زوجته المعارضة لا تسأل عن الرسوم إلا بقدر نصيبها فى التركة ، وكانت هذه المنازعة لا تدور حول تقدير قلم الكتاب للرسم الذى يصح إقتضاؤه ، وإنما تدور حول أساس الإلتزام بالرسم ومداه والوفاء به ، فإن الفصل فى هذه المنازعة لا يكون بالمعارضة فى أمر التقدير ، وإنما يكون وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بسلوك إجراءات المرافعات العادية لا إجراءات المعارضة – لما كان ذلك وكانت إجراءات التقاضى من النظام العام ، فقد تعين أن تحكم المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، ويجوز إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (٣) .

ومناط القضاء بأتعاب المحاماة التى تدخل ضمن مصاريف الدعوى هو حضور محامى للمرافعة فيها مع كسبها (٤) .

عدم دفع الرسم النسبى لا يرتب البطلان ، ذلك لأن المقرر أن المخالفة المالية فى القيام بعمل إجرائى لا يبنى عليها بطلان العمل ما لم ينص عليه القانون ، وإنما تترتب عليه فقط أن تستبعد القضية من جدول الجلسة (٤) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٥/١٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٢١١ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٥/١١/١٨ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص١١١٢ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٦٠٩ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/١٣ – المرجع السابق – ص٧١٥ . ونقض – جلسة ١٩٧٢/٢/٢٢ – السنة ٢٣ – ص١٧٩ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/١١ – المرجع السابق – ص٦٨٦ . ونقض – جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨ – المرجع السابق – ٢١ – ص٩٣٣ .

إن شرط إستحقاق نصف الرسوم على الدعوى لإنتهائها صلحًا ألا يسبق إثبات المحكمة لهذا الصلح حكم قطعى فى مسألة فرعية أو حكم تمهيدى فى الموضوع (١) .

رأى فى أتعاب المحاماة فى القضايا الشرعية :

٣٨٠ مكرراً – راعى المشرع ظروف المتقاضين فى المنازعات الشرعية ، فحدد لها رسوماً بسيطة .

ولما توحدت جهات القضاء بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ظلت الرسوم الخاصة بالمواد الشرعية متسمة بتلك الذاتية .

إلا أنه بالنسبة لأتعاب المحاماة المحكوم بها والتى تدخل فى حساب مصاريف الدعوى ، قد جاوزت تلك الذاتية ، فقد كانت المحاكم الشرعية فى الماضى تقضى بأجر محاماة (أتعاب محاماة) يتسم بالذاتية التى تتميز بها الرسوم القضائية على المواد الشرعية – فلما صدر قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ أوجب الحكم بأتعاب محاماة لا تقل عن مائتى قرشاً فى المواد الجزئية وخمسمائة قرشاً فى المواد الكلية .. إلخ (ثم تزيد مقدار الأتعاب) . وهذه المبالغ تحول فى الغالب بين صاحب الشأن وبين تسليم صورة الحكم الأولى التنفيذية .

لذلك نرى الإبقاء على ذاتية الرسوم وأتعاب المحاماة بالنسبة للمواد الشرعية أخذاً بحكمة التشريع ، وإلتزاماً بأمر الشارع .

كما نهيب بالمشرع سرعة إدخال تعديل على قانون المحاماة بما يحقق هذه الغاية (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٣/٩ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص٢٦٢ ، ونقض – جلسة ١٩٦٧/٣/٢ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص٥٧١ .

(٢) ولقد إستجابت وزارة العدل لهذا النداء ، فتقدمت بمشروع قانون يحقق هذه الغاية.

الباب الثانى

طرق الطعن فى الأحكام الشرعية

٣٨١- على الرغم من أن المادة ٢٨٩ من اللائحة الشرعية قد عددت طرق الطعن فى الأحكام فى أربعة هى :

المعارضة - والإستئناف - والتماس إعادة النظر - وطلب التفسير .

فإن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لم يبق من طرق الطعن التى كانت تقضى بها اللائحة الشرعية إلا المعارضة والإستئناف ، ملغياً بذلك المواد من ٣٢٩ حتى ٣٣٥ الخاصة بالتماس إعادة النظر ، والمواد من ٣٣٦ حتى ٣٥٠ المتعلقة بطلب تصحيح الحكم أو تفسيره ، ومبقياً على المواد من ٢٩٠ حتى ٣٠٣ الخاصة بالمعارضة فى الأحكام الغيابية ، والمواد من ٣٠٤ حتى ٣١٧ الخاصة بالإستئناف .

ولما كان تفسير الأحكام قد ورد فى قانون المرافعات المدنية كقاعدة من القواعد فى الأحكام ، فقد تناولناه فى موضعه طبقاً لأحكام قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ إعمالاً لحكم المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . ثم صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى نصت المادة الرابعة من إصداره على إلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وطبقاً للمادة ١/٥٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ طرق الطعن فى الأحكام والقرارارات المبينة فى هذا القانون هى :

الاستئناف - النقض - التماس إعادة النظر .

وتتبع فيما لم يرد به حكم خاص فى المواد المدنية القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وكانت المادة الرابعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ قد حددت النصوص واللوائح الملغاة فى ظل تطبيق القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ وهى :

١- المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٢- الكتاب الرابع مرافعات المضاف للقانون السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

٣- من قوانين توحيد جهات القضاء القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والقانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

٤- القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الخاص بالنفقة .

٥- لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ .

كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ .

الفصل الأول

الإستئناف

تعريف الإستئناف :

٣٨٢- الإستئناف هو الطريق العادى للطعن فى الأحكام ، الذى نصت عليه المادة الرابعة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ ، وكان لزامًا إعتبار أحكامها هذه القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإستئناف الأحكام الصادرة فى المسائل الشرعية (الأحوال الشخصية) ، وتحتم لذلك الرجوع إلى أصول تلك الأحكام (١) ، وهو ما إنعقد عليه الإجماع (٢) .

---

(١) يراجع فى ذلك : شرح اللائحة الشرعية - للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص٤٥٣ وما بعدها . والحياة القضائية للشيخ محمد ضاحى - ص٧٤٢ . ومباحث المرافعات والدعاوى الشرعية - الشيخ محمد زيد الإبيانى - ص٤٨و٤٩ . والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - للقاضى محمود الغراب - ص١٣٥ وما بعدها . والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - ص٤٠٥ وما بعدها . وقضاء الأحوال الشخصية نفسًا ومالاً للمستشار صالح حنفى - ص٤٧ وما بعدها . وإجراءات رفع الإستئناف وقيده أمام محاكم الأحوال الشخصية للدكتور إيهاب حسين إسماعيل - المحاماة - السنة ٤٠- العدد ١٠ - ص٤٥٧ وما بعدها . وميعاد الإستئناف أمام محاكم الأحوال الشخصية (القاضى) محمد صدقى العصار - المحاماة - السنة ٣٧ - العدد ١٠ - ص١٣٨٧ وما بعدها . وسلطة محكمة الإستئناف فى وقف النفاذ المعجل للأستاذ محمود كمال المحامى - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٤ - ص٧٩٩ وما بعدها . والمحاماة الشرعية . والمجموعة الرسمية . والمحاماة ومحاضرات لكلية الشريعة للقاضى محمود الغراب - طبعة ١٩٢٧ - ص٢١٨ وما بعدها . ومنشورات الحقانية . والدليل المرشد - للأستاذ محمد الغريب - ص١١٤ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٥/٣/١٧ - الطعن ١٤ لسنة ٣٢ أحوال شخصية - المحاماة- السنة ٤٧ - العدد ٣ - ص٢٨٤ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٦٠/٥/٥ - الطعن ٢ لسنة ٢٨ق أحوال شخصية . ونقض - ١٩٦٦/٣/١٧ - الطعن ١٤=

ولم تضع اللائحة الشرعية للإستئناف تعريفاً (١) ولكن الفقهاء عرفوه بأنه:

« تظلم من حكم صادر بصورة إبتدائية يرفع إلى محكمة أخرى هى ارقى منها درجة توصلاً إلى إصلاح ما فيه من خطأ ».

فمن العدل أن يتمكن المحكوم عليه من رفع ظلامته إلى محكمة هى أعلى درجة من تلك التى حكمت لكى تعيد النظر فى الحكم ، حتى إذا وجدت أن المتظلم على حق أنصفته وإلا أيدت الحكم المستأنف .

ورافع الإستئناف يسمى مستأنفًا ، والمرفوع عليه الإستئناف يسمى مستأنفاً عليه .

وعلى ذلك فإن الإستئناف يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف ، وذلك بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط .

كما أن الإستئناف يعيد النظر فى القضية فيما رفع عنه الإستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة لمحكمة أول درجة وعلى أى دفع أو دليل أخر يقدم فى الإستئناف من قبل الخصوم .

وتقضى المادة ٥٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ومع ذلك يجوز بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الإضافة إليها كما يجوز ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة .

وفى الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلاً مناسبًا للرد على الأسباب أو الطلبات الجديدة .

-لسنة ٣٢ق أحوال شخصية. ونقض- جلسة ١٩٥٨/٢/٦ - الطعن ٣ لسنة ٢٧ق أحوال شخصية. ونقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩ - الطعن ٦ لسنة ٢٧ القضائية.

(١) كان الإستئناف فى اللوائح الشرعية السابقة على لائحة ١٩١٠ كان يعرف بالدفع ولكن اللائحة المذكورة أخذت بالتسمية الحديثة مجاراة لقانون المرافعات (الأهلى).

وقد كان قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ينص فى المادة ٢٣٥ فقرة أولى على عدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف وعلى أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

ثم نصت فى الفقرة الثانية على انه – مع ذلك – يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلى الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات .

وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله تغيير سببه والإضافة إليه . وبهذا يكون القانون الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد استحدث حكمًا جديداً يرخص للمستأنف أن يضيف إلى طلباته طلبات جديدة يتدارك بها ما فاته فيما أبداه أمام محكمة أول درجة من طلبات إذا كان هو المدعى أصلاً حاسمًا بهذا النص الجديد الذى جرى به الفقه حول قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف .

واستحدث القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ حكمًا جديداً يجيز لمحكمة الاستئناف أن تصدر حكمًا مؤقت واجب النفاذ بشأن رؤية الصغير أو بتقدير نفقة أو تعديل النفقة التى قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو النقصان حتى تصدر حكمها النهائى فى استئناف الحكم القطعى وفقًا لما نص عليه فى المادة ١٠ (م ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

الأحكام الجائز إستئنافها :

٣٨٣– الأصل أنّ جميع الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أو الإبتدائية جائزة بصفة مطلقة ، وأن أحكام المحاكم الجزئية تستأنف للمحاكم الإبتدائية ، وأن أحكام المحاكم الإبتدائية تستأنف لمحاكم الإستئناف. إلا أن المشرع وضع ضوابط وقيوداً لهذا الإطلاق ، بتحديد نصاب للإستئناف .

تقضى المادة ٥٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بأن القرارات الصادرة من محكمة أول درجة الصادرة بصفة ابتدائية تكون واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها ما عدا تلك الصادرة فى المسائل الآتية :

١- الحساب ورفع الحجر وانهاء المساعدة القضائية .

٢- رد الولاية وإعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة.

٣- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية .

٤- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب .

وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل فى الطعن .

كما نصت المادة ٥٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يكون قرار المحكمة نهائى فى تصرفات الأوقاف بالإذن بالخصومة وفى طلب الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو تغيير المعالم أو طلب الاستبدال أو بيع العقار الموقوف لسداد دين إذا كان موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد عن ٥٠٠٠ جنيه .

فنصت المادة ٣٠٤ من اللائحة الشرعية على أنه يجوز للخصوم فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة أن يستأنفوا الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة إبتدائية (١) .

ونصت المادة ٣٠٥ من اللائحة الشرعية على أنه يجوز إستئناف كل حكم أو قرار صادر فى الإختصاص أو فى الإحالة إلى محكمة أخرى أو فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماع الدعوى أو عدمه أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه كذا يجوز الإستئناف إذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات .

---

(١) يوجه القاضى محمود الغراب نقداً إلى المادة ٣٠٤ من اللائحة قائلاً إنه يلوح أن وضع هذه المادة غير منسجم لإشتمالها على ما يشبه التكرار بين عبارتى (غير المستثناة بنص صريح ، وعبارة بصفة إبتدائية) . فجميع ما نص على عدم جواز إستئنافه مستثنى بنص صريح فى اللائحة مما يصح معه أن يقال أن حكم المحكمة فيه ليس بصفة إبتدائية ، فيما الفائدة إذن من الجمع بين هاتين العبارتين فى مادة واحدة . ما لم يكن المراد بالأحوال المستثناة بنص صريح هو ما عدا ما نص عليه فى باب الإختصاص (القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - المرجع السابق - ص١٣٥ و١٣٦) . محاضرته لكلية الشريعة - ص٢١٩ .

ويستثنى من ذلك الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية بصفة إنتهائية كالمبين فى المادة الخامسة من هذه اللائحة متى كانت صادرة فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماعها أو عدمه ، ولا يجوز إستئناف شئ من القرارات غير ما سبق إلا مع إستئناف الحكم فى أصل الدعوى (١) .

وقرار إعتبار القضية كأن لم تكن ، يعتبر من القرارات التى تستأنف لأنها تمس الحق ، وقد يترتب على القرار عدم سماع الدعوى لمضى المدة الطويلة (٢) .

من النصوص المتقدمة يظهر أن الأحكام والقرارات الجائز إستئنافها هى :

١- الأحكام الصادرة فى الإختصاص .

٢- أحكام الإحالة .

٣- الأحكام الصادرة فى موضوع الدعوى بالقبول أو بالرفض والتى تتجاوز نصاب القاضى الجزئى .

٤- الأحكام الصادرة بسماع الدعوى أو بعدم سماعها مع مراعاة الضابط فى النصاب .

٥- الأحكام الصادرة بالنفاذ المؤقت أو برفضه .

٦- الأحكام الصادرة بعد الفصل فى أحد الطلبات - ويشترط لجواز الإستئناف أن يكون الطلب إبتدائياً ، فإن كان إنتهائياً فلا يجوز إستئنافه .

فقد إعتبر المشرع الدفوع المتعلقة بالإختصاص وبالإحالة من النظام العام ، ولذلك فالأحكام الصادرة فيها تكون قابلة للإستئناف ولو كان

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٥/٢٧ - المحاماة الشرعية - السنة ٢- العدد ١٠ - ص٩٢٤ . وعكسه : مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٢/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢- العدد ٥- ص٤٤٠ .

(٢) العليا الشرعية - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢ - المحاماة الشرعية - العدد ٤و٥و٦و٧ - ص١٦٧ .

موضـوع الدعوى نهـائياً . وبناء على ذلك فـقد قضى بجـواز إسـتـئناف القرار الصـادر فى الإخـتـصـاص أو الإحـالـة فى دعـوى حـبس مع أن أحـكام الـحبس نهائية بطبيعتها (١) .

ويترتب على إستئناف الحكم الصادر فى موضـوع الدعوى أن تصـبح جـمـيع الأحكام والقـرارات التى سـبق صـدورهـا فى أثناء السـيـر فى الدعـوى مطروحة على مـحكمة الإستئناف ، سواء أكانت تـلك الأحكام والقرارات مما لا يسـتـأنـف إسـتـقـلالاً أو مما يسـتـأنف إسـتـقـلالاً ، ولكنهـا لـم يسـبق إستئنافها(٢) .

أما بالنسبة للحكم ، أو القرار (٣) الصادر بالنفاذ المؤقت أو برفض طلب النفاذ المؤقت - فقد أجازت اللائحة الشرعية فى المادة ٣٠٥ إسـتئنافـها على حـدة ، وأوجـبت اللائـحـة كـذلـك أن تفـصل مـحكمـة الإسـتـئنـاف فى هـذا الإسـتـئناف على وجـه الإسـتـعـجـال (م٣١٨) ، وحكمـة ذلك - كـمـا تقـول المذكرة الإيضاحـيـة للائحـة - أهمية أثر الأمـر بالنفاذ المـؤقت أو رفضـه فى الأمـور المسـتـوجـبة للاسـتـعـجال أو التى يخـشى من تأخيرهـا حصـول ضـرر كـحالة الحكم بـرد الطفل لحاضنته ، فإذا أخطأت محكمة أول درجة فى هذا الفصل فى هذا الطلب يمكن تدارك الأمر برفع الإستئناف والفصل فيه على وجه الإستعجال .

استحدث الـقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ حكماً جديداً يجيز لمحكمة الاستئناف أن تصدر حكـماً مؤقـتاً واجب النفاذ بشأن رؤية الصـغير أو بتـقرير نفـقة أو تعـديلها التى قـضى بها الحكم المستأنف بالـزيادة أو النقـصان حتى تصـدر حكمها النهائى فى استئناف الحكم القطعى وفقاً لما نص عـليه فى المادة ١٠ (المادة ٥٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠) .

---

(١) مصـر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/١٠/٢١ - المحاماة الشرعيـة - السنة ٢- ص٤٦٤ وما بعدها .

(٢) راجع منشور الحقانية رقم ١١ بتاريخ ١٩١٨/٧/١٢ .

(٣) ويعتبر قرار إعتبار القضية كأن لم تكن من القرارات التى تستـأنف ، لأنها تمس الحق وقد يترتب على هذا القرار عدم سماع الدعوى لمضى المدة (مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٢/٤ - المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٥- ٤٤٥ - وعكسه : مصـر الإبتدائية - جلسة ١٩٢١/٥/٢٧ - المرجع السابق - العدد ١٠ - ص٩٢٤) .

أما إذا اغفلت محكمة أول درجة الفصل فى أحد الطلبات كان المتبع فى المحاكم الشرعية – قبل صدور لائحة ١٩٣١ – أن يعيد المدعى رفع الدعوى بهذا الطلب وما كان يجوز الإستئناف عدم الفصل فى الطلب ، فأجيز إستئنافه بالمادة ٣٠٥ على مبدأ أن الغلط بعدم الفصل فى طلب الفصل فيه على وجه غلط ولكيلا يكلف المدعى تكرار الإجراءات بإعادة رفع دعوى به من جديد .

إن نصوص المواد ٢٩٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ من لائحة المحاكم الشرعية تدل على أن المشرع وإن كان قد وضع فى المادة ٣٠٤ قاعدة عامة مؤداها أن الأصل هو جواز إستئناف جميع الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الكلية بصفة إبتدائية إلا أنه حدد فى المادة التالية هذه الأحكام والقرارات وبينها بيان حصر وأفصح عن أنه لا يجوز إستئناف ما عداها على وجه الإستقلال إلا مع إستئناف الحكم فى أصل الدعوى تبسيطاً للأوضاع ومنعاً من تقطيع أوصال القضية .. لما كان ذلك ، وكان الحكم الصادر فى دعوى التزوير الفرعية ليس من الأحكام التى يجوز إستئنافها على إستقلال وقبل الفصل فى أصل الدعوى لخروج التزوير من عداد المسائل التى تقبل الطعن المباشر الواردة على سبيل الحصر فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ من لائحة المحاكم الشرعية ، فلا يجوز إستئنافه إلا مع إستئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى وفقًا للفقرة الأخيرة من هذه المادة . ولما كان تعجيل الطاعنين فى إستئناف الحكم الصادر فى دعوى التزوير قبل ميقاته وبقاؤه دون حسم نظر الإستئناف فى الموضوع ، لا يحول دون طرحه تبعًا لإستئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى (١) .

الأصول الشرعية فى نصاب الإستئناف ، وجوازه :

٣٨٤ – إن مناط نهائية أو عدم نهائية حكم الفقه – إذا لم تبلغ النصاب أو لم يحكم به طبقاً للمادة الخامسة من اللائحة الشرعية – إنما هو عدم إنكار الزوجية ، أما عند إنكارها ، فيكون الحكم إبتدائيًا سواء حكم

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٦ – ص١٠٣٢ .

بالنصاب أم لا ، لأن النزاع فى الواقع إنما هو فى حصول الزوجية أو عدم حصولها (١) .

وبالنسبة لبدل الفرش والغطاء المفروض دفعة واحدة - فقد جرى خلاف بين المحاكم فى جواز الإستئناف فذهب رأى إلى أنه إذا كان المحكوم به بدل فرش وغطاء لمطلقة ، ولم يحكم به عن مدة معينة ، وإنما نص فى الحكم على أدائه دفعة واحدة ، وبما أن المحكوم لها لم تطلب الحكم بقدر معين لبدل الفرش والغطاء المحكوم لها به ، وبما أن الحكم المستأنف بناء على ذلك يكون نهائياً لا يجوز إستئنافه ، لأنه لم يطلب الحكم بأكثر من ثلاثمائة قرش فى الشهر ولم يحكم بأكثر من هذا القدر شهرياً (٢) .

بينما ذهب رأى آخر - إلى أن بدل الفرش والغطاء الذى يفرض دفعة واحدة ، يقبل الإستئناف مهما كان مقداره طبقاً للعموم الوارد فى المادة ٣٠٤ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - هذه الحالة ليست من مشمولات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ لأن هذه الفقرة إنما هى خاصة بمقدار نصاب النفقات عن الشهر الواحد (٣) .

فقد ذكرت الزوجة فى دعواها النفقة على زوجها أن نفقة مثلها خمسة جنيهات مثلاً ، ولكنها طلبت الحكم بنفقة طعام وكسوة ولم تعين مقدار ما تطلب الحكم به ، كان المعتبر فى كون هذا الحكم نهائياً أو إبتدائيًا هو ما يحكم به ، ولا إعتبار لما ذكرته على سبيل الحكاية من أن نفقة المثل كذا حيث لم تطلب الحكم به (٤) .

ليس السبب الوارد بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١٠/٢٠ - المحاماة الشرعية - السنة ٢- العدد ٥- ص٤٤٨و٤٤٩ .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣١/٤/١ - المرجع السابق - السنة ٢ - العدد ٧ - ص٦٥١ .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية ، جلسة ١٩٥٣/٥/٥ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٤ - العدد ٤و٥و٦ - ص٢٣٧ .

(٤) بنى سويف الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٠/١٢/٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢- العدد ٢٠ - ص٩٢٧ وما بعدها .

هو الذى يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ، بل السبب هو الأمر الموجب سواء أكان سببًا أم شرطاً - إن نهائية حكم النفقة عن المدة الماضية التى لم يزد مجموع النفقة فيها على عشرين جنيهاً محله إذا لم يزد المحكوم به فى كل شهر عن ثلاثة جنيهات ، ذلك أن الظاهر من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أن المشرع قصد من مبلغ العشرين جنيهاً فى المدة السابقة التيسير على الزوج الذى حكم عليه شهرياً بما لا يستأنف ، فخول له حق الإستئناف إذا ما زاد المحكوم به على العشرين جنيهاً فى المدة السابقة ولو كان المحكوم به شهرياً أقل من النصاب ، أما إذا كان المحكوم به شهرياً يزيد على النصاب فهذا حق ثابت له إبتداء ، وكذلك يجوز إستئناف حكم النفقة الشهرى لوجود النزاع فى السبب ، لأنه ليس المقصود بالسبب الوارد فى الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون سالف الذكر (السبب الذى يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم) وإنما المقصود منه الأمر الموجب سواء أكان سبباً أم شرطاً (١) .

إن بدل الفرش والغطاء الذى يفرض دفعة واحدة يقبل الإستئناف مهما كان مقداره طبقًا للعموم الوارد فى المادة ٣٠٤ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - هذه الحالة ليست من مشمولات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لأن هذه الفقرة إنما هى خاصة بمقدار نصاب النفقات عن الشهر الواحد (٢) .

وقد قضى (٣) بأن غرض المشرع من القول بأنه إذا زاد المفروض

---

(١) طنطا الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٤/١٣ - المحاماة الشرعية ٢٢ - العدد ٩و١٠ - ص٦٤١ وما بعدها - وقنا الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٢/٢٤ - المرجع السابق - ص٦٤٤ وما بعدها .

(٢) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٢/٥/٥ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - العدد ٤و٥و٦ - ص٢٢٧ وما بعدها .

(٣) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٥٤/١٠/١٢ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٧و٨و٩و١٠ - ص٤٣٦ . وقد جاء بأسباب هذا الحكم : « أن الحكم المستأنف ينحل فى الواقع إلى حكمين أحدهما بزيادة المقرر للصغير . والثانى بفرض بدل فرش وغطاء له . وهما حكمان مفترقان بالنسبة للنهائية وعدمها ،=

للصغير على ثلاثمائة قرش صاغ شهرياً يكون قابلاً للإستئناف ، إنما يريد بذلك بداهة أن يكون المفروض بالحكم المتستأنف الذى هو معروض أمام الهيئة الإستئنافية لإستئنافه قد زاد عن ذلك غض النظر عن مقدار ما سبق الحكم به للصغير من أحكام سابقة .

إذا طلبت الزوجة أو المطلقة فرض نفقة لها على زوجها أو مطلقها ولم تطلب مقادير تستأنف ، وتقرر رفض دعواها ، كان هذا القرار يكون (الحكم) نهائيًا لا يجوز إستئنافه ، وقد جاء بحاشية العطار على الخبيصى شرحاً لمعنى القضية السابقة صفحة ٢٤٤ ما يأتى : (السلب يصدق حيث لا وجود للموضوع ، لأنه دفع للإيجاب ، وكما أن الإيجاب يرتفع بثبوت

= لكل منها حكم خاص به . فيجب أن ينظر إلى كل منها من هذه الناحية على حدة. ومن حيث أن الحكمين المذكورين نهائيان ، أما بالنسبة لما فرض من الزيادة ، فلأن مجموع الأصل والزيادة لم يجاوز حد النصاب النهائى . لأن جملة ذلك ٣٠٠ قرش صاغ شهرياً للأنواع الأربعة المبينة بالحكم بالتساوى . ولأنه لم يطلب مقدار يستأنف ، وأما بالنسبة لبدل الفرش والغطاء . فواضح أن المحكوم به لذلك لم يجاوز حد النصاب النهائى . كما انه لم يطلب الحكم بما يستأنف بالنسبة له . ومن حيث انه ليس من المستساغ لا عقلاً ولا قانوناً ان يذهب ذاهب إلى ان الحكم المستأنف قابل للإستئناف بحجة أن المفروض للصغير قد زاد عن ثلاثمائة قرشاً شهرياً يكون قابلاً للإستئناف ، إنما يراد بذلك ان يكون المفروض بالحكم المستأنف الذى هو مفروض أمام الهيئة الإستئنافية قد زاد على ذلك بغض النظر عن مقدار ما سبق الحكم به للصغير من أحكام سابقة عليه ، وواضح أن المفروض للصغير بالحكم المعروض إستئنافياً إنما هو مبلغ ١٠٩ قرشاً شهرياً ، وهو غير قابل للإستئناف ، والقول بأن غرض الشارع ، هو الرافة بالمحكوم عليه فيما جاوز ٢٠٠ قرشاً شهرياً يجعل المحكوم به فى هذه الحالة قابلاً للإستئناف ، يتحقق فيما نحن بصدده – هذا القول مردود لأن نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ صريح فيما ذكرناه . ولأن من المبادئ المقررة والمسلم بها قانوناً أن غرض المشرع لا يصلح مخصصاً لعموم كلامه . ولأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والقول بغير هذا يؤدى إلى تهافت عجب . فإنه يلزم عليه إذا كان المحكوم به ٥٠ قرشاً اجرة لحضانة الصغير مثلاً ولم يطلب مقدار يستأنف . لذلك ان يكون هذا الحكم قابلاً للإستئناف إذا كان سبقته احكام نفقة للصغير المذكور تزيد على ٣٠٠ قرشاً شهرياً . وهذا مذهب عجب لم يقل به احد ولم نر فيما عرض علينا من القضايا العديدة من اجازه وإرتضاه » .

نقيض المحمول للموضوع ، كذلك يرتفع بعدم تحقق الموضوع (١) .

٣٨٥- أما الأحكام غير القابلة للإستئناف التى حددتها اللائحة الشرعية - أخذاً من النصوص المتقدمة فهى :

١- الأحكام الصادرة فى الموضوع من المحكمة الجزئية فى حدود نصابها الإنتهائى (٢) .

٢- الأحكام الصادرة من المحاكم النائية (م٧ لائحة) .

٣- الأحكام الصادرة من المحاكم الإستئنافية عملاً بقاعدة لا يرد الإستئناف على الإستئناف .

٤- القرارات الصادرة من المحاكم الإبتدائية فى الإذن بالخصومة ، وطلب الإستدانة لمبلغ لا يزيد على مائتى جنيه مصرى ، وطلبات الإستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين والتحكير والتأجير لمدة طويلة وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنيه مصرى (م٨ لائحة) .

وذلك كله على التفصيل الذى سقناه من خلال الحديث عن الإختصاص النوعى الشرعى (٣) .

من له حق الإستئناف :

٣٨٦- يشترط فيمن له حق الإستئناف :

١- أن يكون خصماً فى الدعوى أمام محكمة أول ادرجة ، سواء أكان أصيلاً أو وكيلاً أو نائباً عنه .

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ٢٠/٢٠/١٩٥٣ - المرجع السابق - السنة ٢٤- ص٢٣٨ وما بعدها .

(٢) فقد قضى بأنه إذا طلبت الزوجة أو المطلقة فرض نفقة على زوجها أو مطلقها ولم تطلب مقادير تستأنف . وتقرر رفض دعواها . كان هذا القرار (الحكم) نهائياً لا يجوز إستئنافه (مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ٢٠/١٠/١٩٥٣ - المحاماة الشرعية - السنة ٤- العدد ٤و٥و٦ - ص٢٤٥) .

(٣) راجع ما قلنا سلفاً فى هذا الشأن .

٢- أن تكون له مصلحة فى الإستئناف .

٣- أن يكون أهلاً لرفع الإستئناف ، وهى ذات الأهلية التى يقتضيها رفع الدعوى .

٤- أن لا يكون رضى بالحكم ، لأن فى قبوله إياه معنى التنازل عن الطعن ، وقد تعلق به حق الخصم ، وكما يكون القبول صراحة يكون دلالة، كما لو طلب المحكوم عليه الإمهال من أجل الوفاء دون أن يكون مضطراً إليه بقوة النفاذ المعجل .

٥- أن يكون ما قضى به دون طلباته .

ميعاد الإستئناف :

٣٨٧- تكلمت عن ميعاد الإستئناف المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التى نصت على الآتى :

ميعاد الاستئناف أربعون يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً فى المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوماً بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه .

ونصت المادة ٦١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن ميعاد الاستئناف ٦٠ يوماً لمن لا موطن له فى مصر دون إضافة ميعاد مسافة .

ونصت المادة ٣٠٩ منها على أنه لم يحصل الإستئناف فى الميعاد المقرر يكون الحكم الإبتدائى واجب التنفيذ غير قابل للإستئناف .

ونصت المادة ٣٢٠ منها على أن يرفض الإستئناف إذا قدم بعد الميعاد المقرر لرفعه .

ما الحكم فى استئناف حكم اعتبار المعارضة كأن لم تكن ؟

٣٨٨- ولقد إختلفت وجهات نظر المحاكم الشرعية فى تحديد ميعاد إستئناف الأحكام الغيابية التى عارض فيها المحكوم عليه بعد إعلانه بصورة

---

(١) مصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٤١/٥/١ - المحاماة الشرعية - السنة ١٣- العدد ١و٢و٣ - ص٤٥ .

الحكم التنفيذية واعتبرت معارضته كأن لم تكن (١) .

فذهبت قلة من الأحكام إلى القول بأن ميعاد الإستئناف يبدأ من صدور القرار بإعتبار المعارضة كأن لم تكن ، بمقولة أن المعارضة كانت جائزة إلى اليوم الذى اعتبرت فيه كأن لم تكن ، وهذا القرار وحده هى الذى جعلها غير جائزة ، فميعاد الإستئناف إذن يبتدئ من يوم صدوره لأنه اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة ، وذلك أخذاً من عموم المادتين ٣٠٢ و٣٠٧ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (٢) .

بينما ذهبت أغلبية الأحكام إلى القول بأن ميعاد الإستئناف يبتدئ من اليوم الرابع لإعلان المحكوم عليه بصورة الحكم التنفيذية لأن القرار الصادر بإعتبار المعارضة كأن لم تكن تترتب عليه آثار خاصة ونتائج معينة لا تترتب على القرار الصادر فيها بالقبول أو الرفض ، فهو إذاً مسقط لكل حق إكتسبه المعارض بإعلان معارضته ، وما دامت الحقوق التى إكتسبها المعارض بالإعلان قد زالت وأصبحت المعارضة فى الإعتبار القانونى كأنها لم ترفع ، فإن ميعاد الإستئناف يحتسب من اليوم الرابع لإعلان المحكوم عليه بالصورة التنفيذية (٣) .

---

(١) ميعاد إستئناف الأحكام الغيابية – بحث لأستاذنا فضيلة المرحوم الشيخ عبد الفتاح البانوبى – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد ٩و١٠ – ص٤٤٣ وما بعدها . وبحث : ميعاد الإستئناف أمام محاكم الأحوال الشخصية – (للقاضى) محمد صدقى العصار – المحاماة – السنة ٣٧ – العدد ١٠ – ص١٣٨٧ وما بعدها . والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ – للقاضى محمود الغراب – ص١٣٩ وما بعدها . وأسيوط الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٩/١٠ – المحاماة الشرعية – السنة ١١– ١٩٤ – سنة ١٩٤٤ – ص٣٨٤ .

(٢) القاهرة الإبتدائية – (الدائرة ٢٣ أحوال شخصية) – جلسة ١٩٦٥/٥/١٦– القضية ١٢٨٥ – سنة ١٩٥٦ أحوال مستأنف – لم ينشر . وأسيوط الشرعية – جلسة ١٩٤٥/٩/١٠– السنة ١٧ – العدد ٨و٩و١٠ – ص٣٨٤ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩ – الطعن ٦ لسنة ٢٧/ق أحوال شخصية وإستئناف طنطا – جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ – الإستئناف ٢١ لسنة ١٠ق أحوال شخصية . وطنطا الكلية الشرعية – جلسة ١٩٥٢/١١/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ١٥ – ص٢٦٤ . ومصر الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٣٠/٤/٢٣ – =

وميعاد الإستئناف من النظام العام فجب على المحكمة أن تبحثه من تلقاء نفسها لتصل إلى ما إذا كان الإستئناف مقبولاً شكلاً أم لا (١) .

هل ميعاد الإستئناف ميعاد كامل ؟

٣٨٩- ويلاحظ كذلك - وعلى ما هو مفاد نص المادة ٣٠٧ من اللائحة الشرعية - أن ميعاد الإستئناف هو من المواعيد الكاملة .

إلا أن الخلاف قد ثار بين الشراح من جانب ، وبين المحاكم من جانب أخر حول ما إذا كان ميعاد الإستئناف كاملاً حقيقة ، أم أنه ميعاد ناقص يتعين أن يرفع الإستئناف خلاله .

فذهب رأى - إلى انه نص القرار على أن المواعيد كاملة بالأيام ، فإنه يجب إتخاذ الإجراء خلال تلك المدة ، بحيث إذا إنقضت أصبح الإجراء متأخراً وغير جائز القبول ، أى أن عدد الأيام يعتبر كاملاً ولا يدخل فيه أخر يوم من الميعاد بل اليوم التالى لإنقضاء الميعاد يكون يوماً يصح العمل فيه ، وهذا يغلب فى مواعيد الحضور فهى كلها مواعيد كاملة يجب أن تمضى قبل يوم الجلسة ، بعكس المواعيد التى يجب العمل فيها قبل فواتها وهى لذلك مواعيد ناقصة لأنه يجب أن يقدم الطعن فى أخر يوم منها على الأكثر.

بينما ذهب **رأى أخر** - إلى القول بأن هذا الميعاد يكون كاملاً بأن يستبعد اليوم الذى حصل فيه الإعلان ، وكذلك اليوم المقتضى إجراء العمل فيه كحضور جلسة مثلاً .

إلا أنه - فى أصول المرافعات الشرعية - فإن الأمر بالنسبة لميعاد الإستئناف مختلف تماماً ، ذلك لأن المشرع قد نص صراحة على إعتبار الميعاد كاملاً خلافاً للمنصوص عليه فى أصول المرافعات المدنية ، ومن ثم فقد تعين فى ميعاد الإستئناف فى القضايا الشرعية (أى قضايا

= المحاماة الشرعية - السنة ٢ - العدد ٥- ص٤٤٧ . ومصر الإبتدائية الشرعية - جلسة ١٩٣٢/٤/٢١ - القضية ١٠٣٥ سنة ١٩٣١ ، ١٩٣٢ مستأنف - المحاماة الشرعية - السنة ٥- العدد ٢- ص١٤٩ .

(١) الأسكندرية الإبتدائية - جلسة ١٩٣١/١١/٢٢ المحاماة الشرعية - السنة ٣ - ص٢٦١و٢٦٢ .

الأحوال الشخصية للولاية على النفس) إعمال قواعد للائحة الشرعية وحدها بإعتبارها القانون الواجب التطبيق عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وإعتبار تلك المواعيد كاملة لا يحتسب ضمنها اليوم الذى حصل فيه الإعلان واليوم المقتضى إجراء العمل فيه ، لأنه النظر الذى يتفق مع صراحة النص ، ويؤكد قصد الشارع (١) .

الأصول الشرعية فى ميعاد الإستئناف :

٣٨٩ مكرراً – أن القصد من إعلان الحكم المنصوص عليه فى المادة ٣٠٩ (من اللائحة الشرعية القديمة) قد حصل العلم به بتقديم الإستئناف ، لأن الغرض من الإعلان هو العلم لأجل أن يعلم من صدر الحكم عليه جميع الإجراءات التى تكون فى صالحه من الإستئناف ، ولما كان الإستئناف صريحًا فى وصول العلم بالحكم ، وإذ تقرر إعتباره كأن لم يكن ، بما يقطع حق الإستئناف على من إستأنف ما دامت المدة من يوم العلم إلى اليوم الذى قدم فيه إستئنافه الثانى أكثر من ثلاثين يومًا ، وبناء على ذلك يكون الإستئناف المقدم قد قدم بعد الميعاد القانونى فلا يكون مقبولاً (١) .

إذ أوجب القانون إضافة ميعاد مسافة إلى المواعيد المبينة فيه للحضور أو لمباشرة إجراء ، إنما قصد بالحضور المثول أمام المحكمة ، وقصد بالإجراء كل عمل قضائى معين شرعه القانون كالطعن بالإستئناف أو بالنقض ، ومثل هذا الإجراء بطبيعة الحال ليس من عمل المحضر فى شئ وإنما هو من صميم عمل الخصم المحكوم ضده ، فحدد له القانون ميعاداً ، لكى يتحقق من مدلوله ويتدبر فى رفع الإستئناف وإعداد وسائله ثم القيام به بتقديمه إلى قلم كتاب المحكمة المختصة ثم إلى قلم المحضرين لإعلانه ،

---

(١) يراجع فى تحديد الميعاد الكامل وغير الكامل : منشور الحقانية رقم ٢٩ فى ١٩٢٦/٥/٣١ – الدليل المرشد – المرجع السابق – ص١١٥ و١١٦ . ومحاضرات لكلية الشريعة – المرجع السابق – ص٢٢٦ ومابعدها – ومصر الكلية الشرعية – جلسة ١٩٤٣/٤/٣ – المحاماة الشرعية – السنة ١٤ – ص٢١٨ .

(٢) العليا الشرعية – جلسة ١٩٢٠/١٠/٢٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢– العدد ١– ص١٤١ . ودمياط الكلية – جلسة ١٩٧٢/١٢/٨ – القضية ١٠٧ – سنة ١٩٧٢ احوال نفس مستأنف – لم ينشر .

ولكى لا يضيع على المستأنف شئ من ميعاد الإستئناف بسبب إنتقاله من موطنه الأصلى إلى مقر المحكمة المختصة المباشرة برفع الإستئناف لذلك منحه القانون ميعاداً أخر أسماه ميعاد مسافة ونص على إضافته إلى ميعاد الإستئناف (١) .

إجراءات الإستئناف ، وقيده :

١- إجراءات رفع الإستئناف :

٣٩٠- يرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف وفقًا للأوضاع المقررة لرفع الدعوى . ويجب أن تشتمل الصحيفة على بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف والطلبات وإلا كانت باطلة (مادة ٢٣٠ مرافعات) .

وعلى قلم كتاب المحكمة المرفوع إليها الاستئناف أن يطلب ضم ملف الدعوى الابتدائية فى اليوم التالى لليوم الذى يرفع فيه الاستئناف . وعلى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أن يرسل ملف الدعوى خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ طلبه وينقص هذا الميعاد إلى ثلاثة أيام فى الدعاوى المستعجلة وتحكم المحكمة الاستئنافية على من يهمل فى طلب ضم الملف أو إرساله فى الميعاد بغرامة لا تقل عن عشرين جنيعاً ولا تجاوز مائتى جنيه بحكم غير قابل للطعن (٢) (مادة ٢٣١ مرافعات) .

---

(١) إستئناف الأسكندرية - جلسة ١٩٥٢/٢/٥ - المجموعة الرسمية - السنة ٥٢ - العدد ٧و٨ . ونقض - جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٣ - العدد ٢- ص١١٠٩ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة ٢٣١ سبق تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١ عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ . الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٩٩٩/٥/١٧ وذلك بزيادة مقدار الغرامة بالمثل .

أثر عدم توقيع المحامي على صحيفة الإستئناف أو الصحيفة الإبتدائية :

٣٩٠ مكرر (١) - إن المادة ٧٨ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٧ الخاص بالمحاماة إذ نصت على عدم جواز تقديم صحف الإستئناف إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، ورتبت الفقرة الأخيرة من تلك المادة البطلان جزاء على مخالفة تلك الأحكام ، وكان غرض الشارع من تقرير هذا الحكم - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة السابق رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ في التعليق على المادة ٣/٢٥ منه - رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت لإن إشراف المحامي على تحرير تلك الصحف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها ، وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن ، فإن هذا البطلان يكون متعلقاً بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . على أن إعمال نظرية البطلان في قانون المرافعات الجديد (المواد من ٢٠ إلى ٢٤ منه) يحتم أنه إذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين ، وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم إحترامه ، فإن الإجراء يكون باطلاً ، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان ، خلافاً لحالة عدم النص صراحة عدا البطلان ، إذ لا يبطل الإجراء إلا إذا أثبت المتمسك بالبطلان ، فضلاً عن وجود العيب الشكلي الذي شاب الإجراء ، أن هذا العيب قد أدى إلى عدم تحقيق الغاية من الإجراء (٢) ، ومع ذلك وإعمالاً لقصد الشرع ودفعاً للتمسح بالشكل ، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تعطى المدعي أجلاً ليوقع محام على صحيفة الدعوى المقامة منه ، إذ كان الأجل ما

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - العدد ٢- مدني وأحوال - ص٦٤٦ ، ودمياط الكلية للأحوال الشخصية (الدائرة الأولى الإستئنافية) جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ - القضية ٦٩ سنة ١٩٧٤ أحوال مستأنف .

(٢) نظرية البطلان في قانون المرافعات - رسالة - للدكتور فتحي والي - طبعة ١٩٥٩- بند ٢٨٧ .

زال ممتداً ، أو كانت الدعوى بحسب طبيعتها وبحسب نصوص القانون ليس هناك موعد يتعين أن ترفع خلاله أما إذا حدد القانون أجلاً لرفع الدعوى وإنقضى هذا الأجل عند نظرها ، فلا مندوحة من القضاء - عندئذ ببطلان الصحيفة ، وبعدم قبولها لعدم توقيع محام مقرر عليها ، ذلك أن من المقرر أن جزاء عدم توقيع محام على الصحيفة هو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام والذى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (١) لماكان ذلك، وكان القانون قد جعل مواعيد الطعن فى الأحكام من تاريخ النطق بها كأصل عام (٢) . إنه لكى تتحقق الغاية من التوقيع على صحيفة الطعن ، فإنه يجب أن يكون توقيع المحامى فى الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ هذا الإجراء حتى يتصحح هذا الإجراء الباطل (٣) .

أما إذا كانت صحيفة الدعوى الإبتدائية هى التى خلت من توقيع محام مقرر أمامها على الأقل ، وحتى صدر الحكم فيها ، وطعن عليه أمام درجة أعلى ، فإن التوقيع على الصحيفة أثناء نظر الإستئناف لا يصحح هذا الإجراء الباطل (٤) ، وعلى هذا إستقر قضاء محكمة النقض (٥) ، ويجوز

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - العدد ١- مدنى وأحوال - ص٦٨١ ، ونقض - جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢١ - العدد ١- ص٦٤٦ . والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد - للدكتور أحمد أبو الوفا - المجلد ١ - ص٢٢٦ وما بعدها . وأصول المرافعات المدنية- للدكتور أحمد مسلم - طبعة ١٩٦٩ - ص٤١٥ وما بعدها . وبحث : الحضور المسقط لحق المتمسك بالبطلان - للدكتور أحمد أبو الوفا - المحاماة - السنة ٥١ - العدد ٦ - ص٣٩ وما بعدها .

(٢) نقض - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - العدد ١- مدنى وأحوال - ص١٢٧ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٧١/١٢/١٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - العدد ٢- مدنى وأحوال - ص١٠٠٥ وما بعدها .

(٤) دمياط الإبتدائية للأحوال الشخصية (الدائرة الأولى) - جلسة ١٩٧٥/١١/١١ - القضية ٦٥ سنة ١٩٧٣ احوال نفس مستأنف .

(٥) نقض - جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - العدد ٤- مدنى وأحوال - ص١٥٥٢ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٥٧/١٢/٧ - المرجع=

الدفع بالبطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى لتعلق البطلان بالنظام العام، على ما تقدم .

ونصت المادة ٣١١ من اللائحة الشرعية على أن تقدم ورقة الإستئناف المذكورة لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف أو لقلم كتاب محكمة الإستئناف .

وقضى (١) بأنه قد إستبان للمحكمة أن صحيفة الإستئناف الأصلية والمعلنة غير موقعتين من محام مقرر ، وكان المقرر بنص المادة ٢/٨٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة عدم جواز تقديم صحف الإستئناف إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمام محكمة الإستئناف على الأقل ، ورتبت الفقرة الأخيرة من نفس المادة البطلان جزاء على مخالفة هذا الحكم ، والمراد **بالتوقيع هو توقيع المحامى بيده شخصياً لا بطريق الإنابة** ، وإلا إنتفت الحكمة التى وضع النص من أجلها ، وهى ضمان صياغة الصحيفة بواسطة المحامى نفسه ، والبطلان الناشئ عن عدم توقيع محام مقبول أمام المحكمة الإستئنافية على صحيفة الإستئناف هو بطلان من النظام العام ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يصحح هذا البطلان إتخاذ المستأنف مكتب المحامى موطناً له ، ولا يصححه مجرد حضور المحامى أو المستأنف عليها فى الجلسة المحددة لنظر الإستئناف (نقض – جلسة ١٩٦١/١١/١٥ – المحاماة – السنة ٣٢ – ص٨٥٧ ، ونقض – جلسة ١٩٦٥/٤/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٦ – مدنى وأحوال شخصية – ص٤٧٦) وإنما يصححه توقيع المحامى فى الجلسة بشرط أنْ يتم ذلك فى خلال ميعاد الإستئناف عملاً بنص المادة ٢٣ مرافعات ، ولأن إشراف المحامى على تحرير تلك الصحف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشب بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة

=السابق – ص١٨٢٦ وما بعدها . ونقض – جلسة ١٩٦٥/٤/٨ – المرجع السابق– السنة ١٦ – ص٤٦ وما بعدها .

(١) دمياط الإبتدائية – الدائرة الأولى الإستئنافية – جلسة ١٩٧٧/١/١٠ – رئاسة الأستاذ انور العمروسى – لم ينشر .

القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن (نقض - جلسة ١٦/٤/١٩٧٠- مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ مدنى وأحوال شخصية- ص٦٤٦ ، والمرافعات المدنية والتجارية - للدكتور أحمد أبو الوفا- طبعة ١١- ص٨٤٦) .

ومن حيث أنه بالبناء على ما تقدم ، وإذ خلت صحيفة الإستئناف من توقيع محام مقرر عليها لا يغنى عن ذلك ولا يصحح هذا البيان الجوهرى مثول محام عن المستأنف ، وكان يترتب على ذلك بطلان الصحيفة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ، وكان لا يجدى الآن إتاحة الفرصة لتوقيع محامى المستأنف عليها لفوات مواعيد الإستئناف ، فإنه لذلك وطبقاً للمبادئ المتقدمة القضاء ومن تلقاء نفس المحكمة ببطلان صحيفة الإستئناف .

ونصت المادة ٣٠٢ منها على أنه إذا قدمت ورقة الإستئناف لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف فعليه أن يرسل أوراق القضية المستأنفة إلى محكمة الإستئناف .

أما إذا قدمت لقلم كتاب محكمة الإستئناف فعليه أن يطلب أوراق القضية من المحكمة التى حكمت فى الدعوى .

ولقد ثار خلاف بين المحاكم حول الكيفية التى بها يعتبر الإستئناف مرفوعاً (١) .

فذهبت بعض الأحكام إلى أنه لكى يصير الإستئناف مرفوعاً يجب أن يتم - خلال ميعاد الإستئناف - إعلان صحيفة الإستئناف إلى المستأنف عليه وصول الإعلان إليه خلال مدة الإستئناف .

بينما ذهب **أغلب الأحكام** - إلى أن العبرة هى بدفع الرسم وتقديم ورقة الإستئناف إلى قلم الكتاب خلال ميعاد الإستئناف حتى يكون مرفوعاً دون إستلزام إعلان الورقة للخصم خلال الميعاد .

---

(١) يراجع فى إستعراض هذا الخلاف وأسانيد أطرافه : إجراءات رفع الإستئناف وقيده- للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٢- ص٤٥٧ وما بعدها .

إعلان صحيفة الإستئناف لا يتقيد بميعاد :

٣٩٠مكرر (٢) - أما محكمة النقض فقد أطرد قضاؤها على أن الإستئناف يعتبر مرفوعًا ومقيداً فى الميعاد بتقديم صحيفة إلى قلم كتاب المحكمة فى الميعاد ، أما إعلان الصحيفة إلى الخصم فإنه إجراء قلم يحدد له القانون ميعاداً ، ويجوز للمستأنف أو لقلم الكتاب أن يقوم به بعد قيد الدعوى (١) . ومن ثم فلا يسرى عليه حكم المادة ٧٠ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ .

٢- قيد الإستئناف :

٣٩١- نصت على قيد الإستئناف المادتان ٣١٣ ، ٣١٤ من اللائحة الشرعية .

فنصت المادة ٣١٣ على أن على كاتب محكمة الإستئناف أن يقيد الدعوى فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا متى ورد له أصل الإعلان، ثم يقيدها للجلسة المحددة فيها ، ويكون القيد المذكور بناء على طلب المستأنف .

ومع ذلك إذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى طلب المستأنف (٢) .

ونصت المادة ٣١٤ على انه إذا لم يقيد المستأنف الدعوى فى ستة أيام إن كانت القضية كلية أو ثلاثة أيام إن كانت جزئية كان الإستئناف ملغيًا وسقط حقه فيه إن كانت مدته قد مضت ويصبح الحكم المستأنف واجب

---

(١) نقض - جلسة ١٩٥٨/٢/٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١ - العدد ١- مدنى - ص١٣٢ وما بعدها . ونقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢٩ - الطعن ٣٢ لسنة ٣٢ أحوال شخصية . مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - مدنى وأحوال - ص١٤٨٨٠ . وإستئناف القاهرة - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ - استئناف ٨٤ لسنة ٨٤ق . ونقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص٥١٥ . ونقض - جلسة ١٩٦٠/١٠/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١١- ص١٢ .

(٢) الحاصل عملاً فى قيد الإستئناف هو بتقديم صحيفته إلى الكاتب المختص بقيده فى الجدول المعد لقيد القضايا الإستئنافية .

التنفيذ – ويحصل القيد إما بتقديم أصل الإعلان أو قسيمة دفع ربع الرسم إلى كاتب المحكمة الذى يطلب منه قيد الدعوى .

ويظهر من هذين النصين أنه يتعين على المستأنف أن يباشر قيد الإستئناف فى اليوم التالى (١) لدفع ربع الرسم أو الرسم كله ، وذلك بطلب يتقدم به إلى قلم كتاب محكم الإستئناف أو قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم ، مرفقاً به إما أصل الإعلان ، وإما قسيمة دفع ربع الرسم ، وعلى قلم كتاب محكمة الإستئناف فى الحالين أن يقيد الدعوى فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا .

فإذا جاوز قيد الإستئناف الأجل الذى ضرب له ، كان الإستئناف ملغياً، ومن آثار ذلك وجوب رفضه بحكم المادة ٣٢٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وإن وقع القيد فى هذه الحالة فى المدة المحددة لتقديمه . ويسقط حقه فيه إن كانت مدته قد مضت ، والمراد من المدة هذه مدة التقديم ، فإذا لم تمض هذه المدة كان له أن يتقدم بإستئناف آخر يراعى فى قيده ما ضربه الشارع اجلاً للقيد فى المادة ٣١٤ من هذا القانون– أما القول بأن القيد وإن جاء متجاوزاً لميعاده يجعله مقبولاً شكلاً متى كان القيد فى الميعاد المحدد لتقديمه يصادفه جواب عبارة المشرع الواردة بسياق المادة ٣١٤ المذكورة ، فإن الرخصة من هذا القانون ، غيرها فى مدة القيد مع تفاوت الحكمتين فيهما ، فإن بالتقديم فى ميعاد محدد على الوجه المرسوم بالمادتين ٣٠٧ ، ٣٠٨ فى الأولى إعطاء فرصة للمتظلم يراود فيها نفسه ، إما أن يتقدم بطعنه أو يحجم عنه ، وفى الثانية تنظيم العمل فى تقديم الظلامة لمن إختص بنظرها بعد إثباتها فى دفاتر خاصة وتحديد جلسة معينة (٢) .

ولم يعد إجراء تقديم طلب القيد معمولاً به فى المحاكم الآن .

---

(١) فقد جاء بمنشور الحقانية رقم ٢٣٢٥ الصادر فى ١٩١١/٥/٢٢ أن ميعاد قيد الاستئناف يحتسب من اليوم التالى لتاريخ تقديم المستأنف لورقة الاستئناف بقلم الكتاب لإعلانها (الدليل المرشد – للأستاذ محمد الغريب – رقم ٢٥٣ – ص١١٦و١١٧) .

(٢) المنيا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥٤/٤/٢٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٤– العدد ٧و٨و٩و١٠ – ص٢٦٦ .

ويلاحظ أن واجب طلب قيد الإستئناف يقع على عاتق المستأنف سواء دفع الرسم كاملاً أو دفع ربعه فقط أخذاً بما جاء بالمذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية خاصًا بإعلانات وقيد الدعاوى إذ هو تكليف عليه ، ومعاونة فقط من قلم الكتاب (١) وهو ما أخذت به الأحكام (٢) ، وإستقر عليه قضاء النقض (٣) ، والعليا الشرعية (٤) .

---

(١) فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية فى هذا الصدد : « وأوجب على قلم الكتاب أن يقيد الإستئناف من تلقاء نفسه متى كان الرسم مدفوعًا بأكمله بمقتضى المادتين ٣٠٨و٣١٣ وهذا الإيجاب لا يعفى المستأنف من القيام بواجب طلب القيد . فإذا أهمل تقع عليه المسئولية وما تكليف قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه إلا من باب المعاونة فى حالة خاصة تسهيلاً للمتقاضين » .

(٢) فقد قضت محكمة مصر الإبتدائية الشرعية بجلسة ١٩٤٠/١١/٧ بأن قيد الإستئناف إنما يكون بطلب من المستأنف طبقاً للمادة ٣١٣ من اللائحة . وما جاء بأخر هذه المادة من وجوب القيد على قلم الكتاب بدون حاجة إلى طلب المستأنف متى كان الرسم مدفوعاً بأكمله . إنما هو من باب المساعدة لأرباب الشأن من غير مسئولية على قلم الكتاب ، لأنه غير ملزم به قانوناً وإنما المسئولية على أرباب الشأن فإذا لم يقيد الإستئناف فى ثلاثة أيام من تقديمه طبقاً للمادة ٣١٤ كان غير مقبول شكلاً – وبهذا المعنى : القاهرة الإبتدائية للأحوال الشخصية – جلسة ١٩٥٧/١٢/٢ – القضية رقم ٦٢٧ أحوال شخصية جزئى مستأنف . وإستئناف القاهرة جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٣ – الإستئناف رقم ٨٤ لسنة ٨٥ق أحوال شخصية . ويحث الدكتور إيهاب إسماعيل – المرجع السابق .

(٣) نقض – جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦– ص١٠١٦ .
ونقض– جلسة ١٩٦٠/٦/٣ – الطعن رقم ٨ لسنة ٣٢ق . والطعن ١١ لسنة ٣٣ق.

(٤) وذهبت المحاكم الشرعية فى أحد أحكامها إلى أن المادة ٣١٣ من اللائحة نصت على حالتين فى قيد الإستئناف : الأولى – أنه يجب على كاتب الإستئناف أن يقيده فى الجدول العمومى بناء على طلب المستأنف . الثانية – إذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى طلب المستأنف.

وعلى هذا يشير يوم دفع الرسم وهو يوم القيد ، ولا يلزم المستأنف بالقيد لأن الدفع الرسم قيد ضمنى ولأن المستأنف لا سبيل له إلى القيد فى دفاتر المحكمة الرسمية وذلك أخذاً بحكم المادة ٣١ من اللائحة(مصر الإبتدائية الشرعية– جلسة ١٩٤١/٤/٢٧ – المحاماة الشرعية – جلسة ١٩٤٠/١٢/٣١ – المرجع السابق – السنة ١٧ – العدد ٣و٤و٥ – ص١٣٣ – وقد جاء بهذا الحكم الأخير لما يراه من إلتزام قلم الكتاب بالقيد . أن ذلك لا يتعارض مع ما جاء بالمذكرة=

ويجب على المستأنف أن يطلب قيد إستئنافه فى الميعاد المحدد قانوناً ، ولا يعفيه من ذلك دفع جميع الرسم المطلوب إستناداً إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ - لأن المذكرة التفسيرية لهذا القانون فسرت هذا النص بما لا يعفى المستأنف من القيام بواجب طلب قيد دعواه ، فإذا أهمل فى طلب القيد فى الميعاد أو قصر قلم الكتاب فى إرسال الإعلان لمحكمة الإستئناف حتى مضى الميعاد ، فإن تبعة ذلك فى جميع الأحوال تقع عليه وحده ، ويكون إستئنافه ملغياً (١) .

(٢) إجراءات نظر الإستئناف :

٣٩٢- يحضر الخصوم أو وكلاؤهم فى الميعاد المحدد بورقة الإستئناف ويعتبر المستأنف مدعياً (م٣١٦ لائحة شرعية) .

متى يصح القضاء بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن ؟

٣٩٢ مكرراً - إذا كانت المحكمة قد حجزت القضية للحكم ، ثم قررت إعادتها إلى المرافعة لجلسة دون أن يعلن المستأنف إليها ، ثم قضت فى الجلسة الأخيرة بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن وألزمت المستأنف بالمصروفات .

فإنه يؤخذ على هذا الحكم :

خطؤه فى تطبيق القانون ، ذلك أنه لما كان من المتعين على المحكمة متى أعادت الدعوى إلى المرافعة بعد حجزها للحكم أن تعلن الخصوم للحضور وإلا كان حكمها فى الدعوى بعد ذلك باطلاً ، ولما كانت المحكمة قد أعادت

=الإيضاحية للمرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ التى ورد بها أن دفع الرسم كاملاً لا يعفى المستأنف من طلب القيد لأن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لا يحقق غرض الشارع ولا الباعث على تشريعه .

(١) العليا الشرعية - الأسكندرية - جلسة ١٩٥٤/١٠/٦ - المحاماة الشرعية - السنة ٢٥ - العدد ٤و٥و٦ - ص١٩٦ . ودمياط الكلية - الدائرة الأولى الشرعية - جلسة ١٩٧٧/١/١٥ القضية رقم ٦٠ سنة ١٩٧٦ أحوال نفس مستأنف (وكان المستأنف قد أدى الرسم بمحكمة بورسعيد . ووردت الصحيفة للقيد بالبوستة ولكن بعد الميعاد) .

الإستئناف إلى المرافعة ولم يعلن المستأنف بالجلسة التى تحددت لنظره بعد ذلك ، فإن الحكم إذ قضى - بعد ذلك بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وعلى منطق الحكم الخاطئ ، فقد أخطأ فى تطبيق القانون ذلك أنه لما كان المشرع قد نص فى المادة ٣١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن يحضر الخصوم أو وكلاؤهم فى الميعاد المحدد بورقة الإستئناف ، ونص فى المادة ٣١٩ من اللائحة على أنه إذا لم يحضر المستأنف فى الميعاد المحدد اعتبر الإستئناف كأن لم يكن . ولما كانت هاتان المادتان من المواد التى تحكم إجراءات الإستئناف فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف ، ومن مؤدى ذلك أن المشرع لم يطلق عبارة « الميعاد المحدد» فى المادة ٣١٩ من اللائحة وإنما قيدها بما سبق النص عليه فى المادة ٣١٦ المشار إليها من أنه الميعاد المحدد بورقة الإستئناف ، ومن ثم تخلف المستأنف عن حضور الجلسة المحددة بورقة الإستئناف - الجلسة - لنظر إستئنافه ، هو - وحده- الموجب لقضاء بإعتبار الإستئناف لم يكن . لما كان ذلك وكان الثابت من الدعوى أن المستأنف حضر الجلسة الأولى المحددة لنظر إستئنافه وجلسات تالية لم ثم تخلف عن الحضور فى الجلسة الأخيرة ، فإن الحكم إذ قضى بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن رغم سبق حضوره فى الجلسة المحددة لنظر الإستئناف ، يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه (١) .

ويعيد الإستئناف الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط .

---

(١) القاهرة الإبتدائية - الدائرة ١٦ أحوال نفس مستأنف - جلسة ١٨/٤/١٩٧٠ - القضية ٣٤ سنة ١٩٦٩ أحوال نفس مستأنف ، وجلسة ٤/٤/١٩٧٠ - القضية ١٧٩٦ سنة ١٩٦٩ أحوال مستأنف ، والقضايا ١١١٤ سنة ١٩٦٩ و ٩٣٩٧ سنة ١٩٧٠و١٠٥٣ سنة ١٩٦٩ و٢٢١٦ سنة ١٩٦٩ و٢٤٠٣ سنة ١٩٦٩ و١٨٠٤ سنة ١٩٦٩و١٨٣٣ سنة ١٩٦٩و٢١٠٦ سنة ١٩٦٩ أحوال نفس مستأنف بذات الجلسة و٢٢٢ سنة ١٩٦٩ - جلسة ٨/٤/١٩٧٠ و٢٢٩٦ سنة ١٩٦٩ و١٧٦٣ سنة ١٩٦٩- جلسة ١١/٤/١٩٧٠ ، ونقض جلسة ٢٨/٤/١٩٧١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مدنى وأحوال - ص٥٨٠ .

ويجب على المحكمة الإستئنافية أن تعيد النظر فيما رفع عنه الإستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة إلى محكمة أول درجة وعلى أساس أى دفع أو دليل آخر يقدم فى الإستئناف من قبل الخصوم طبقاً للمادة ٣٢١ .

ثم تحكم المحكمة بعد نظر الدعوى طبقًا للمنهج الشرعى إما بتأييد الحكم المستأنف أو بإلغائه أو بتعديله (م٣١٧) .

وتفصل محكمة الإستئناف فى موضوع الدعوى ولا تعيدها إلى محكمة أول درجة إذا كان ما قدم لمحكمة أول درجة كافياً لإثبات الدعوى وظهر من أسباب قرار عدم السماع المستأنف أنه بمعنى الرفض (١) .

وتقضى المادة ٢٣١ من اللائحة الشرعية بأنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الإستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية .

إذا لم يحضر المستأنف فى الميعاد المحدد اعتبر الاستئناف كأن لم يكن وصار الحكم الابتدائى واجب التنفيذ إلا إذا كان ميعاد الاستئناف باقياً .

ويرفض الإستئناف إذا قدم بعد الميعاد المقرر لرفعه.

جميع القواعد المقررة فى شأن رفع الدعاوى والسير فيها أمام المحاكم الإبتدائية تتبع فى الدعاوى المستأنفة وكذا جميع القواعد المقررة فيما يتعلق بالأحكام والقرارات .

فيتعين أن تتوافر شروط قبول الإستئناف الثلاثة : الصفة ، والمصلحة والأهلية (٢) .

---

(١) طنطا الإبتدائية الشرعية – جلسة ١٩٥١/١١/٧ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٢– العدد ٧و٨ – ص٤٨٥ .

(٢) ولذلك قضى بأن إبراء الزوجة التى بلغت الخامسة عشر من عمرها زوجها من مؤخر صداقها ونفقة عدتها يكون صحيحًا ولا نفقة لها بعد ذلك (المنصورة الجزئية والشرعية – جلسة ١٩٣٥/٧/٢٩ – المحاماة الشرعية – السنة ٨ – ص٢٠٥) .

وإذا قررت محكمة الإستئناف إلغاء حكم صادر فى الإختصاص أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى وكانت القضية صالحة للفصل فى موضوعها لا تردها إلى محكمة أول درجة بل تفصل فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى .

ويستثنى من حكم هذه المادة أحكام الإختصاص أو الإحالة الصادرة من المحاكم الجزئية فى المواد التى يكون حكمها فيها إنتهائياً ، ففى هذه الحالة يجب على المحكمة الاستئنافية رد القضية إلى المحكمة المختصة .

وإذا إستؤنف فى أثناء سير الدعوى حكم أو قرار من الأحكام والقرارات التى يجوز إستئنافها قبل الحكم فى أصل الدعوى فبعد الفصل فيه من محكمة الإستئناف ترد القضية لمحكمة أول درجة للسير فيها مع مراعاة ما نص عليه فى الفقرة الأولى من المادة السابقة .

مسائل عامة فى الإستئناف :

٣٩٣- بقيت فى الإستئناف سبع مسائل يحسن أن نشير إليها - وهى :

١- تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة وجوبياً .

٢- عدم ضرورة تلاوة التلخيص .

٣- أثر عدم ذكر أسباب الإستئناف .

٤- ما يترتب على الإستئناف .

٥- وجوب التنفيذ فى حالة الإستئناف بعد الميعاد .

٦- لا وجود للإستئناف الفرعى أو المقابل ، وفى أصول المرافعات الشرعية .

٧- إستئناف التصرف فى الأوقاف وفى مسائل الأوقاف الخيرية .

وسوف نتناول هذه المسائل فيما يلى :

(١) تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة وجوبياً :

٣٩٤- ذكرنا فى نظرية الدعوى أن تدخل النيابة فى قضايا الأحوال

الشخصية (١) يكون أمام محاكم الأحوال الشخصية الجزئية جوازياً ، ووجوبيًا أمام المحاكم الإبتدائية (كلية كانت أو مستأنفة) وأمام محاكم الإستئناف عملاً بأحكام القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ، وقد إستقر القضاء على وجوب تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية المستأنفة وذكر ممثلها ورأيه فى القضية فى الحكم وإلا كان باطلاً (٢) .

(٢) عدم ضرورة تلاوة التلخيص :

٣٩٥- لما كانت الأحكام الواردة باللائحة الشرعية فيما يتعلق بالإستئناف لم يتناولها الإلغاء المنصوص عليه فى المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم كانت تلك الأحكام هى الواجبة التطبيق بالنسبة لإستئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية الولاية على النفس (أى المسائل الشرعية) ، ولما كانت أصول المرافعات الشرعية المذكورة فى المواد من ٣٠٤ إلى ٣٢٧ من اللائحة قد خلت مما يوجب تلاوة تقرير التلخيص قبل بدء المرافعة ، فإنه لا محل لإلتزام هذه القاعدة الفرعية على الأصول الشرعية فى المرافعات ، ولا يكون الحكم الذى لم يلتزمها مشوباً بالبطلان (٣) .

(٣) أثر عدم ذكر أسباب الإستئناف :

٣٩٦- إنه وإن كانت المادة ٣١٠ من اللائحة الشرعية قد أوجبت إشتمال صحيفة الإستئناف على الأسباب التى بنى عليها الإستئناف ، إلا أنه ليس مؤدى هذا النص الآمر أن يكون البطلان جزاء مقرراً لمخالفته بمقولة

---

(١) راجع ما قلناه فيما تقدم .

(٢) نقض - جلسة ١٩٥٨/١/٢٤ - الطعن ٨ - لسنة ٢٦ق . ونقض - جلسة ١٩٦١/١/٢٢ - الطعن ١٠ - لسنة ٢٩ق . ونقض - جلسة ١٩٦٢/١٢/١٩ - الطعن ٢٩ لسنة ٣٠ق . ونقض - جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ - الطعن ٤٠ لسنة ٢٩ق . ونقض - جلسة ١٩٦٣/٤/١٠ وإستئناف طنطا - جلسة ١٩٥٧/٤/١٦ - الإستئناف ٤ لسنة ٧ق - أحوال شخصية .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٩/٥/٥ - الطعن رقم ٦ لسنة ٢٨ق أحوال شخصية .

إن الشارع فى هذه الحالة غدر أهمية الإجراء وإفترض ترتيب الضرر على مخالفته ، ذلك أن القول بتقدير الشارع لأهمية الإجراء وإفتراضه ترتب الضرر على مخالفته لا يكون له محل إلا إذا كان النص وارداً بعبارة نافية أو ناهية (١) .

(٤) ما يترتب على الإستئناف :

٣٩٧- يترتب على الإستئناف إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية :

(أولاً) إذا كان الحكم صادراً بالنفقة أو بأجر الرضاعة أو المسكن أو الحضانة أو تسليم الصغير إلى أمه .

(ثانيًا) إذا كان مأموراً بالنفاذ المؤقت فى الحكم ، وذلك فى الأحوال المستوجبة الإستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر (م ٣١٥ من اللائحة الشرعية) .

(٥) وجوب التنفيذ فى حالة الإستئناف بعد الميعاد :

٣٩٨- إذا لم يحصل الإستئناف فى الميعاد المقرر يكون الحكم الإبتدائى واجب التنفيذ غير قابل للإستئناف (م٣٠٩) .

أى أن مفاد ذلك أن ميعاد الإستئناف قد إنقضى دون رفع إستئناف عن الحكم الذى أصبح واجب التنفيذ .

(٦) لا وجود للإستئناف الفرعى أو المقابل فى أصول المرافعات الشرعية :

٣٩٩- المستفاد من أحكام القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أنه أراد أن يبقى إستئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية محكوماً بذات القواعد (٢) التى كانت

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٦/٢٢ - الطعن رقم ٦ لسنة ٢٨ق احوال شخصية - ونقض - جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ - الطعن ٤٥ لسنة ٢٦ - ص١ .

(٢) فقد قضى بأن إستئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية . يخضع للمواد الخاصة به فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٩ . مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ ، مدنى وأحوال - العدد ٢ ، ص٥١٥ ، ونقض - جلسة ١٩٦٠/٣/٢٧ - المحاماة - السنة ٤٧ - العدد ٣ رقم ٢٢٨ - ص٢٨٤ وما بعدها) .

تحكمه قبل إلغاء هذه المحاكم لا بقواعد أخرى من قانون المرافعات ، كما دل على أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تزال هى الأصل الذى يجب إلتزامه ويتعين الرجوع إليه فى التعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام وضوابطه وإجراءاته - وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن إستئناف الأحكام الصادرة فى قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية يخضع فى إجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من الكتاب الرابع من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإذ كان ذلك ، وكانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تعرف طريق الإستئناف الفرعى ، وهو إستثناء من القواعد العامة أجازه قانون المرافعات لمن فوت ميعاد الإستئناف أو قبل الحكم قبل رفع الإستئناف الأصلى ، فإن من الخطأ فى تطبيق القانون قبول الإستئناف الفرعى من المستأنف عليه (١) .

كذلك لا تعرف الأصول الشرعية الإستئناف المقابل ، وعليه فكل إستئناف سواء من المحكوم له أو المحكوم عليه - هو إستئناف أصلى يجب مراعاة الأوضاع السابقة فى رفعه وقيده .

(٧) إستئناف التصرف فى الأوقاف وفى الأوقاف الخيرية :

٤٠٠- بينت المادة ٣٢٧ من اللائحة الشرعية ميعاد إستئناف التصرف فى الأوقاف الصادر من المحكمة الإبتدائية بصفة إبتدائية فجعلته ثلاثين يوماً على الأكثر من صدوره . كما بينت الجهة التى يرفع إليها الإستئناف وهى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت التصرف أو المحكمة العليا التى ستنظر الإستئناف .

فلا يقبل الإستئناف المقدم إلى غير هاتين المحكمتين بدعوى أن وزارة العدل أباحت تقديم تقرير الإستئناف إلى أية محكمة شرعية ودفع الرسم إلى خزينتها وهى تتولى من جانبها إرساله إلى محكمة الإستئناف ، وأنه قد قدم فعلاً إلى محكمة شرعية فى الميعاد وأن تأخير إرساله أو وصوله بعد الميعاد لا يؤثر فى قبوله لأن تعليمات وزارة العدل محدودة بوصول

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/٢٨ - الطعن ٢٨ لسنة ٣٠ق أحوال شخصية .
ونقض- جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩ الطعن ٦ لسنة ٢٧ق أحوال شخصية .

الإستئناف إلى المحكمة بنظره فى الميعاد ولا يترتب عليها إخلال بالشرط الوارد فى القانون وإلا كان الإلغاء له (١) .

وحضور المستانف فى إحدى جلسات مادة التصرفات دليل على تقديم الإستئناف عنه .

وقد إستقر العمل بالمحكمة العليا الشرعية على الفصل فى مواد إستئناف التصرفات فى غيبة المستأنف إلا تقرر إعتباره كأن لم يكن (٢) .

خضوع إستئناف المواد الشرعية لأحكام اللائحة الشرعية:

٤٠٠ مكرراً (١) – المقرر فى قضاء محكمة النقض أن إستئناف الأحكام الصادرة فى قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية يخضع فى إجراءاته للمواد الخاصة به الواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من الكتاب الرابع من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية إعتباراً بأنها لا تزال هى الأصل الأصيل الذى يجب إلتزامه ويتعين الرجوع إليه فى التعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام وضوابطه وإجراءاته (٣) .

أصول شرعية حديثة فى الإستئناف :

٤٠٠ مكرراً (٢) –المقرر فى قضاء النقض أن مفاد المادتين ١٣,٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن المشرع إستبقى إستئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية محكوماً بذات القواعد التى كانت تحكمه قبل إلغاء هذه المحاكم والواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا بقواعد أخرى فى قانون المرافعات وأن هذه اللائحة لا تزال

---

(١) العليا الشرعية – جلسة ١٩٥٠/٦/٢٤ – المحاماة الشرعية – السنة ٢١ – العدد٧و٨ – ص٢٤٧ .

(٢) العليا الشرعية – جلسة ١٩٤٩/٦/٨ – المحاماة الشرعية – السنة ٢٠ – العدد ١و٢ – ص٤٥ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٦ – ص١٠٣٣ .

هى الأصل الأصيل الذى يجب إلتزامه ، ويتعين الرجوع إليه للتعرف على أحوال إستئناف هذه الأحكام وضوابطه وإجراءاته كما أن الإستئناف يعتبر مرفوعاً – وعلى ما جرى به قضاء النقض – وتتصل به محكمة الإستئناف بتقديم صحيفة إلى قلم الكتاب فى الميعاد المحدد فى المادة ٣٠٧ من اللائحة ، ويقيده فى الجدول فى الميعاد المحدد فى المادة ٣١٤ منها . أما إعلان الصحيفة للخصم لتقوم الخصومة بينه وبين المستأنف فهو إجراء لم يحدد له القانون ميعاداً ، إذ للمستأنف أن يقوم به أو يقوم به قلم الكتاب بعد قيد الدعوى . لما كان ذلك ، فإن المادة ٧٠ من قانون المرافعات لا يكون لها إنطباق فى إستئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف (١) .

٢– إذ كانت هذه اللائحة قد رتبت بمقتضى المادتين ٣١٦ ، ٣١٩ على عدم حضور المستأنف بالجلسة المحددة بورقة إستئنافه اعتبار الإستئناف كأن لم يكن ، إلا أنها لم تتضمن قواعد خاصة بغياب الخصوم فى غير تلك الجلسة . مما مقتضاه وجوب إتباع أحكام قانون المرافعات فى هذا الخصوص – لما كان ذلك وكانت المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات تنص على أن : « تسرى على الإستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو الأحكام ما لم يقصد القانون بغير ذلك» ، وكان النص فى المادة ٨٢ من هذا القانون مفاده – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن المشرع أورد قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه إذا تغيب المدعى والمدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها . وتكون الدعوى كذلك إذا أدلى الخصوم بأقوالهم وحددوا طلباتهم وأوضحوا دفاعهم (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ – الطعن ٢ لسنة ٥١ق (أحوال) ، ونقض – جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ – الطعن ١٦ لسنة ٥٢ق (أحوال) ، ونقض – جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧– الطعن ٣٦ لسنة ٥٣ق (أحوال) ، ونقض – جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣– الطعن ٥١ق لسنة ٥٤ق (أحوال) .

(٢) نقض – جلسة ١٩٨٤/٢/٢٥ – الطعن ٣٥ لسنة ٥٤ق ٠ (أحوال)

٣- إستئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى يترتب عليه إستئناف جميع الأحكام والقرارات التى سبق صدورها فى أثناء السير فيها ولم يكن قد سبق إستئنافها وذلك طبقًا للمادة ٣٠٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (١) .

٤- لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تعرف طريق الإستئناف الفرعى ولم تنص عليه وإنما هو إستثناء من القواعد العامة أجازه قانون المرافعات لمن فوت ميعاد الإستئناف أو قبل الحكم (٢) .

---

(١) نقض -جلسة ١٩/٢/١٩٨٥ - الطعن ٣٦ لسنة ٥١ق - (أحوال) .

(٢) نقض - جلسة ٢٧/١١/١٩٨٤ - الطعن ٣٦ لسنة ٥٢ق - (أحوال) .

الفصل الثانى

التماس إعادة النظر

٤٠١– كانت اللائحة الشرعية تنظم قواعد التماس إعادة النظر فى المواد من ٢٢٩ حتى ٢٣٥ ، ولكن هذه المواد قد تناولها الإلغاء الذى نصت عليه المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة منه تكون أحكام قانون المرافعات المدنية فى التماس إعادة النظر هى الواجبة التطبيق (١) .

قد نظم قانون المرافعات المدنية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام التماس إعادة النظر فى المواد من ٢٤١ حتى ٢٤٧ منه .

فإذا حصل الملتمس على أوراق قاطعة فى الدعوى ، فإن ميعاد الإلتماس يبدأ من يوم ظهور الورقة المحتجزة . ولكن المشرع لم يقصد بلفظ (الظهور) الذى يبدأ به ميعاد الالتماس أن يحوز الملتمس الورقة حيازة مادية، وإنما يكفى أن تتكشف له الورقة وتصبح فى متناول يده وتحت نظره بحيث يمكن الإطلاع عليها دون حائل أو عائق (٢) ، وأن قضاء الحكم برفض الالتماس موضوعاً يساوى نتيجته الحكم بعدم جوازه (٣) ، وأن الغش الذى يبنى عليه التماس إعادة النظر هو ما كان حاله خافيًا على الخصم طيلة نظر الدعوى بحيث لم تتح له الفرصة لتقديم دفاعه فيه وتنوير حقيقته للمحكمة فتأثر به الحكم . أما تناولته الخصومة وكان محل أخذ ورد بين طرفيها وعلى أساسه رجحت المحكمة قول خصم على آخر وحكمت له إقتناعًا منها ببرهانه فلا يجوز التماس إعادة النظر فيه (٤) ،

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٠/٣/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١١ – العدد ١– ص٢٥١ .

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٢/٦/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٣ – ص٧٨٢ .

(٣) نقض – جلسة ١٩٦٤/١٢/١٣ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص١٢٩٥ .

(٤) نقض – جلسة ١٩٦٦/١/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٧٥٨

ويتحدد نطاق الالتماس بالأسباب التى يبنى عليها داخله فيما نص عليه القانون على سبيل الحصر (١) ، وتقدير مدى أثر الورقة التى حال الخصم دون تقديمها ومعرفة ما إذا كانت قاطعة فى الدعوى حتى تصلح سبباً يبيح قبول الالتماس هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة (٢) .

إن مؤدى ما تضمنه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من العمل به إبتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ، هو عدم الإعتداد بما نصت عليه المادة ١٣ من هذا القانون من إلغاء بعض أحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ومنها المواد ٣٢٩ إلا فى ٣٣٥ الخاصة بالتماس إعادة النظر ، وعدم الإلتفات إلى ما تقرره المادة السادسة من هذا القانون من إتباع أحكام قانون المرافعات والإجراءات المتعلقة بمسائل أو المجالس الملية - إلا منذ الوقت الذى تقرره المادة الأولى من الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية القانون المذكور لإلغاء المحكام الشرعية وهو أول يناير سنة ١٩٥٦ (٣) .

إن قضاء الحكم بأكثر مما طلبه الخصم عن سهو منه ، يكون الطعن عليه بطريق التماس إعادة النظر ، لا بطريق النقض (٤) .

أصول المرافعات المدنية فى الالتماس :

ذهب فقه المرافعات المدنية إلى أن الالتماس يرفع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، إعتباراً بأن المقصود منه تنبيه المحكمة لتصحيح

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص٤٩٧ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١ - المحاماة - السنة ٤٩ - ص١٦١١ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٠/٣/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - ص٢٥١ وما بعدها .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص٣٩٤ وما بعدها. ويراجع مقال : الطعن بطريق النقض فى مسائل الأحوال الشخصية - للمستشار عبد الرحيم غنيم المحامى - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٨ - العدد ١ - ص١ وما بعدها .

الحكم الذى أصدرته عن سهو غير متعمد منها ، أو بسبب فعل المحكوم له ، دون أن يشف الطعن عن تجريح الحكم الملتمس فيه .

وعلى ذلك فإن الالتماس لا يرفع إلى محكمة أعلى من المحكمة التى أصدرت الحكم الملتمس فيه ، ولا إلى محكمة أخرى من نفس درجتها [1] .

بل أن القانون يجيز أن تكون المحكمة التى تنظر الالتماس مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم المستأنف (م٢٤٣/ ٤ مرافعات) .

نصت المادة ٦٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يجوز التماس اعادة النظر فى مسائل الولاية على المال إلا فى القرارات الانتهائية الصادرة فى المواد الآتية .

١- توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو اثبات الغيبة .

٢- تثبيت الوصى المختار أو الوكيل عن الغائب.

٣- عزل الوصى والقيم والوكيل أو الحد من سلطته .

٤- سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها .

٥- استمرار الولاية أو الوصاية على القاصر .

٦- الفصل فى الحساب .

---

(١) يراجع فى الالتماس – التعليق على نصوص قانون المرافعات – للدكتور أحمد أبو الوفا جزء ١ – طبعة ١٩٧٥ – ص٧١٥ وما بعدها . وكتابه : المرافعات المدنية والتجارية – طبعة ١٩٧٥ – ص٨٨١ وما بعدها .. ومبادئ قانون القضاء المدنى – للدكتور فتحى والى – طبعة ١٩٧٥ – ص٦١٨ وما بعدها .

الفصل الثالث

النقــض

٤٠٢- لم تنظم اللائحة الشرعية قواعد الطعن بطريق النقض ، ومن ثم كان قانون المرافعات المدنية هو الواجب التطبيق بالنسبة لهذا الطريق غير العادى من طرق الطعن فى الأحكام .

وقد نظم قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام النقض فى المواد من ٢٤٨ حتى ٢٧٣ منه ، وهو يرفع - صحيحاً - بصحيفة تودع مع الأوراق والمستندات فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه متى ثبت وصول كافة الأوراق قلم كتاب محكمة النقض فى الميعاد ، ويكون الدفع بعدم قبول الطعن المبدى من المطعون ضده لا محل له طالما لم يبدى وجه مصلحته فى التمسك به (١) .

إن إتخاذ المطعون عليه - وهو محام - عنوان مكتبه فى ورقة إعلان الحكم قد دل على رغبته فى قيام المحل المختار مكان موطنه الأصلى ، جواز إعلان الطعن عليه فى هذا المحل (٢) .

إعلان الوزراء بوصفهم ممثلين للدولة يكون صحيحًا سواء سلمت الصورة فى المركز الرئيسى لإدارة القضايا أو فى المأمورية التى تختص بالدعوى محلياً (٣) .

وجوب تسليم صورة الإعلان فيما يتعلق بالشركات التجارية فى مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو المدير ، فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لأحد هؤلاء لشخصه أو فى موطنه (٤) .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧١/٣/٢١ - الطعن ٤ لسنة ٤٤ق - لم ينشر بعد .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص٧٦٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٣/١/٣١ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص٢٠٣ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٦٢/٢/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص٢٨٨ .

تسليم صور الدعاوى والطعون والأحكام بالنسبة للدولة لإدارة قضايا الحكومة ، عدم ضرورة تسليمها فى المقر الرئيسى لهذه الإدارة ، جواز تسليمها فى أى مقر تتخذه ولو تعددت هذه المقار (١) ، ويترتب على عدم مراعاة ميعاد إعلان الطعن القضاء ببطلانه (٢) .

إعلان رجال القوات المسلحة يكون بإستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الإعلان ، تسليم صورة إعلان تقرير النقض للنيابة لا يعتبر إعلاناً صحيحاً (٣) .

لمحكمة النقض أن تصحح أسباب الحكم المنطوية على أخطاء قانونية بغير أن تنقضه متى كان سليماً فى نتيجته (٤) .

نعى الطاعن على الحكم أنه أغفل الرد على دفاعه دون تضمين الطعن العيب المنسوب للحكم وموضعه منه وأثره فى قضائه غير مقبول (٥) .

وجوب أن يكون المحامى الذى يقرر بالطعن بالنقض وكيلاً عن الطاعن، وإلا كان الطعن باطلاً وتقضى المحكمة به من تلقاء نفسها (٦) .

قضاء الحكم بأكثر مما طلبه الخصم ، عن سهو منه ، يكون الطعن عليه بطريق التماس إعادة النظر ، لا بطريق النقض (٧) .

قواعد حساب المواعيد ، وميعاد الطعن بالنقض فى الأحوال الشخصية:

٤٠٢ مكرر (٨) القاعدة العامة فى حساب المواعيد طبقاً لنص المادة ١٥

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص٣١٨ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٥٥٧ .
(٣) نقض – جلسة ١٩٦٩/٢/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٤٠٠ .
(٤) نقض – جلسة ١٩٦٩/٢/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص٤٨٦ .
(٥) نقض – جلسة ١٩٧٢/٢/١٤ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص١٨٩ .
(٦) نقض – جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص٨٨ .
(٧) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/١١ – المرجع السابق – ص٣٩٤ .
(٨) يراجع فى النقض : التعليق على نصوص قانون المرافعات – أحمد أبو الوفا – =

من قانون المرافعات أنه إذا عين القانون لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجرياً للميعاد ، ولا ينقضى الميعاد إلا بإنقضاء اليوم الأخير منه(١).

٢- ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - ستون يوماً (٢) . ولا يسرى هذا الميعاد على الطعن الذى يرفعه النائب العام لمصلحة القانون (مادة ٢٥٢ مرافعات) .

المقرر فى قضاء النقض أنه إذا نقض الحكم وأحيلت القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، فإنه يتحتم على تلك المحكمة أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة ، وأن المقصود بالمسألة القانونية فى هذا المجال هو الواقعة التى تكون قد طرحت أمام محكمة النقض وأدلت فيها رأيها عن قصد وبصيرة ويجوز حكمها فى هذا الخصوص حجية الشئ المحكوم فيه فى حدود ما تكون قد قضت فيه بحيث يمتنع على محكمة الإحالة عند نظر الدعوى المساس بهذه الحجية ويتعين عليها أن تقصر نظرها على موضوع الدعوى فى نطاق ما أشار إليه الحكم الناقص (٣) .

نصت المادة ٦٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على الآتى :

لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض، فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن.

=ص٧٧٣ ، وكتابه المرافعات - ص٨٩٣ . ومبادئ قانون القضاء المدنى - للدكتور فتحى والى- ص٦٣١ . والطعن بطريق النقض فى مسائل الأحوال الشخصية بصفة خاصة وفى غيرها بصفة عامة - مقال - للأستاذ عبد الرحيم غنيم - مجلة قضايا الحكومة - السنة ١٨ - العدد ١- ص٧ وما بعدها .

(١) نقض - جلسة ١٩٨٣/٢/٢٢ - الطعن ١٩٣ لسنة ٤٨ق (احوال) .

(٢) نقض - جلسة ١٩٨٦/١٢/١٦ - الطعن ١٠٢ لسنة ٥٥ق (احوال) .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٧/١/٢٧ - الطعن ١١ لسنة ٦٣ ق (أحوال شخصية) .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يتجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه .

وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يومًا على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل فى الموضوع وقبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ كان المأذون يعتد فقط بصدور حكم انتهائى بالتطليق (من محكمة الاستئناف) ليعقد زواج المطلقة على زوج آخر بعد انقضاء عدتها فى وقت يكون فيه الزوج الأول قد طعن فى حكم التطليق بطريق النقض وتثور المشكلة من يقضى بنقض حكم التطليق فى وقت تكون المطلقة فيه قد أنجبت من زوجها الجديد .

فعالج القانون الجديد بنصه سالف الذكر هذه المشكلة واستلزم أن يكون حكم التطبيق باتاً .

من لهم حق الطعن بالنقض فى الأحكام والقرارات ؟

تنص المادة ٦٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠ على أن للخصوم والنيابة العامة الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف كما يكون لهم الطعن فى القرارات الصادرة من هذه المحاكم فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب .

مبادئ مستحدثة لمحكمة النقض
فى بعض مسائل الأحوال الشخصية
صدرت فى عامى ١٩٩٨ و ١٩٩٩ (١) .

(١) المبادئ من رقم ١ حتى رقم ٢٥١١ مستخرجة من مجلة القضاة الفصلية (لسنة ٢١ لعدد أكتوبر ١٩٩٨ حتى ديسمبر سنة ١٩٩٩ .

أولاً-الارث

(١)

١- الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها . واجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين على اختلاف دياناتهم والمرجع فى تعيين الورثة وتحديد صفتهم وأنصبائهم وانتقال التركة إليهم . م ٨٧٥ مدنى . اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة ، لا يحول دون تطبيقها . علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢)

٢- دعوى الارث بسبب الإخوة . تميزها عن دعوى اثبات الزوجية ، أو أى من الحقوق التى تكون سبباً مباشر لها . أثره . عدم خضوع اثبات الإخوة للقيد على سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها الوارد بالمادة ٩٩ من اللائحة الشرعية علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٣)

٣- اقامة الحكم قضاءه بثبوت نسب المطعون ضدهم إلى والدهم واستحقاقهم الارث فى تركة أخيهم لأب مطبقًا الشريعة . تطبيق الحكم الشريعة الاسلامية على دعوى النسب التى أقيمت تبعاً لدعوى الارث ابتغاء تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى التركة . عدم بحثه مسألة حظر تعدد الزوجات فى الشريعة المسيحية . لا عيب . دعوى الارث متميزة عن دعوى الزوجية .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٤)

٤- الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين . لا توارث بين مسلم وغير مسلم . م٦ ق٧٧ لسنة ١٩٤٣ . المنع من الارث . مناطه . اختلاف الدين وقت وفاة المورث أو اعتباره ميتاً بحكم القاضى .

(الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

ثانيا - الولاية على المال

(٥)

الطعن بالنقض فى القرارات الصادرة فى مسائل الولاية على المال . قصره على المسائل المبينة على سبيل الحصر فى المادة ١٠٢٥ مرافعات . عزل الوصى وتعيين الأم وصية . عدم اندراجه بين هذه المسائل . أثره . عدم جواز الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/١٧)

ثالثا - الولاية على النفس

(١) المسائل المتعلقة بالمسلمين زواج

(٦)

١- عقد الزواج . عقد رضائى قوامه الايجاب والقبول وملزم للولى . تطلب القانون توثيقه لا ينفى عنه طبيعته الأصلية ولا يمس القواعد الشرعية المقررة . عدم التعارض بين الشروط الموضوعية لصحته والشروط الشكلية لتوثيقه . علة ذلك . بحث الشروط الموضوعية وحسم الخلاف حولها منوط بالقضاء دون جهة التوثيق .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩)

(٧)

٢- عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بكراً أم ثيبًا بدون اذن وليها . صحيح. نفاذه وكونه لازماً بالنسبة له . شرطه . أن يكون الزواج بكفء على صداق مثلها أو أكثر . مخالفة ذلك . أثره . أحقية الولى فى الاعتراض عليه وطلب فسخه أمام القضاء . سقوط هذا الحق برضائه بالزواج أو عدم اعتراضه عليه حتى ظهور الحمل على الزوجة أو ولادتها أو إذا أكمل الزوج الكفء المهر إلى مهر المثل . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨)

(٨)

٣- وجوب تطبيق القانون المصرى فى شأن الشروط الموضوعية لصحة زواج المصرى من أجنبية . المادتان ١٢ ، ١٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨)

(٢) طاعة

(٩)

١- دعوى اعتراض الزوجة على زوجها لها بالدخول فى طاعته . وجوب تدخل المحكمة لانهاء النزاع صلحًا بينهما . عدم كفاية مجرد عرض الصلح دون السعى له . التزام المحكمة باثبات الدور الذى قامت به فى محضر الجلسة وأسباب الحكم . علة ذلك . مخالفته . أثره . بطلان الحكم.

(الطعن رقم ١١١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٧/١٠/١٩٩٨ ،
والطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » جلسة ١٣/٧/١٩٩٩)

(١٠)

٢- اعتراض الزوجة على اعلان الزوج لها بالدخول فى طاعته فى

المسكن المعد للزوجية وجوب تدخل المحكمة لانهاء النزاع بين الزوجين صلحاً . م١١ مكرراً ثانياً من م بق رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . علة ذلك عدم قيام محكمة الموضوع بدرجتيها بذلك . أثره . بطلان الحكم .

(الطعن رقم ٨٧ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٢)

(١١)

٣- وجوب أن تبين الزوجة بصحيفة الاعتراض على دعوة الزوج لها بالدخول فى طاعته الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى الامتناع عن طاعته . خلوها منها . أثره . عدم قبول الاعتراض . م١١ مكرراً ثانياً من م بق رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بق رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٢)

٤- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعًا وسببًا عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض لا يكون بذاته حاسماً فى نفى ادعاء الزوجة من مضاره فى دعوى التطليق للضرر .

(الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٣)

٥- دعوى اعتراض الزوجة على دعوة زوجها بالعودة لمنزل الزوجية . ماهيتها . من دعاوى الزوجية حال قيامها . الحكم نهائياً بتطليق الزوجة . أثره . عدم الاعتداد باعلانها للدخول فى طاعته واعتباره كأن لم يكن . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/١٠)

(١٤)

٦- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعًا وسببًا عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض أو اسقاط نفقة الزوجة . لا يكون بذاته حاسماً فى نفى ادعاء الزوجة من مضاره فى دعوى التطليق للضرر .

(الطعن رقم ١١٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٧/٥/١٩٩٩)

(١٥)

٧- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعًا وسببًا عن دعوى التطليق للضرر . النشوز بفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(١٦)

الموجز :

الطاعة حق للزوج على زوجته . شرطه . لا طاعة للزوج إن تعمد مضارة زوجته بالقول أو الفعل ومنها الاتهام بارتكاب الجرائم . علة ذلك . استعداء الزوج للسلطة ضد زوجته يجعله غير أمين عليها ، ويتجافى مع كونه الحماية والأمن والسكن لها . قضاء الحكم المطعون فيه برفض طلب الطاعنة بالتطليق لعجزها عن الاثبات دون بحث أثر اتهام المطعون ضده لها بالسرقة على مدى أمانته عليها . فساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ٣٣٨ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

القاعدة

إن كانت الطاعة حقاً للزوج على زوجته إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الزوج أميناً على نفس الزوجة ومالها فلا طاعة له عليها إن تعمد مضارتها بالقول أو بالفعل ويندرج ، فى ذلك اتهامها بارتكاب الجرائم ، ولا يتنافى ذلك مع كون التبليغ عن الجرائم من الحقوق المباحة للأفراد ، وأن

استعماله فى الحدود التى رسمها القانون لا يرتب مسئولية ، إلا أن الزوج بالنسبة للزوجة يمثل الحماية والأمن والسكن ، وهو ما يتجافى مع استعدائه للسلطة ضدها بما يجعله غير أمين عليها ، لما كان ذلك ، وكانت الطاعنة قد قدمت صورة رسمية من المحضر الادارى رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٩٣ أشمون ، الذى يتهمها فيه المطعون ضده بسرقة مصاغ دلت تحريات الشرطة على أنه خاص بها ، وإذ أهدر الحكم دلالة هذا المستند واعتبر الطاعنة عاجزة عن اثبات دعواها بمقولة إن المطعون ضده هو الذى اشترى لها هذا المصاغ فيحق له الابلاغ عن سرقته ، دون أن يعنى ببحث أثر هذا الاتهام على مدى أمانته عليها ، وذلك على خلاف مقتضى الابلاغ بالسرقة على نحو ما سلف فإنه يكون مشوباً بالفساد فى الاستدلال .

(٣) طلب التطليق أثناء نظر الاعتراض على انذار الطاعة

(١٧)

١- طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على الطاعة . وجوب اتخاذ اجراءات التحكيم إذا بان للمحكمة أن الخلف مستحكم بين الزوجين. م١١ مكرراً ثانيًا فقرة أخيرة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . عرض الصلح على الطرفين ورفضه من المطعون ضدها . كاف لثبوت عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين واستحكام الخلاف بينهما .

(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٨)

٢- دعوى التطليق للضرر . م٦ من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . اختلافها سبباً عن طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية . م١١ مكرراً ثانيًا من ذات القانون . علة ذلك . مؤداه . القضاء نهائيًا برفض دعوى التطليق للضرر . لا يمنع من نظر

طلب التطليق المبدى من خلال الاعتراض على انذار الطاعة .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٩)

الموجز :

انتهاء المطعون ضده فى طلباتها الختامية من خلال اعتراضها على انذار الطاعة إلى طلب الحكم بتطليقها على الطاعن بائناً للضرر . مفاده . تنازلها عن الاعتراض على انذار الطاعة وزوال خصومة دعوى الاعتراض . أثره . التزام المحكمة بالفصل فى طلب التطليق فقط . علة ذلك . قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطليق دون التعرض للاعتراض . لا عيب .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

القاعدة

(٣) لما كان البين من الأوراق أن المطعون ضدها قد انتهت فى طلباتها الختامية المعدلة من خلال اعتراضها على انذار الطاعة فى حضور الطاعن بجلسة ١٩٩٢/١١/٢٥ إلى طلب الحكم بتطليقها عليه بائناً للضرر ، مما مفاده تنازلها عن الاعتراض على انذار الطاعة وزوال خصومة دعوى الاعتراض ، وينبنى على ذلك أنه لا يكون مطروحاً على المحكمة إلا طلب التطليق الذى يتعين عليها الفصل فيه لاستقلاله عن الاعتراض لاختلاف المناط بين الطلبين ، من حيث الموضوع والسبب إذ يدور الطلب الخاص بالاعتراض على انذار الطاعة حول مدى التزام الزوجة بواجب القرار فى منزل الزوجية ، وما إذا كان لديها مبرر شرعى يدعوها إلى عدم العودة إليه. بينما يقوم طلب التطليق فى الدعوى الماثلة على استحكام الخلف بين الزوجين ، كما أن النشوز بفرض حصوله لا يمنع من نظر دعوى التطليق ، لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضى بتطليق المطعون ضدها على الطاعن –

وفقاً لطلباتها المعدلة – دون التعرض للاعتراض فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٤- نفقة

(٢٠)

الحكم بالنفقة . اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨،
والطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

٥- نسب

(٢١)

١– جواز اثبات الأخوة لأب بالبينة . اعراض الحكم عن غير المقصود أو المطلوب بالدعوى . لا عيب . ثبوت النسب بالبينة . أثره . لا حاجة لبحث أن المطلوب اثبات نسبه من زواج صحيح . علة ذلك . كفاية ثبوت النسب باحدى الطرق المقررة شرعاً .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٢)

٢– ثبوت النسب قبل الولادة . شرطه . أن يكون الحمل ظاهراً ويصدر الاعتراف به من الزوج . النفى الذى يكون معتبراً قاطعاً للنسب . شرطه . عدم صحة النفى الذى يسبقه اقراراً بالنسب نصاً أو دلالة .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(٢٣)

٣– الفراش . ماهيته . ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية

الصحيحة . شرطه . نفى الزوج نسب الولد . شرطه . أن يكون نفيه وقت الولادة ، وأن يلاعن امرأته . تمام اللعان مستوفياً شروطه . أثره . التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه والحاقه بأمه . الاحتياط فى ثبوت النسب . مؤداه . ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

٦- طلاق

(٢٤)

١- كل طلاق يقع رجعياً لا المكمل للثلاث ، أو قبل الدخول أو على مال وما نص على كونه بائناً . م٥ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مفاده . الطلاق نظير الابراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . بائناً .

(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٧٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٢٥)

٢- اشهاد الطلاق . من المحررات الرسمية . لاثبات الموثق بها أن طلاق المطعون ضده للطاعنة بائنًا لوقوعه على مال - الابراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون ضده إلى الطعن بالتزوير . مخالفة للقانون .

(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

٧- تطليق

أسباب التطليق

التطليق للضرر

(٢٦)

الضرر :

ماهيته :

الضرر الموجب للتطليق . م٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ماهيته . ايذاء

الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما ، دخول فيه .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/١٦)

(٢٧)

٢- الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق . م٦ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته . الغيبة عن بيت الزوجية مع الاقامة فى بلد واحد . اختلافه عن التطليق للغيبة بشرائطها . المادتان ١٢ ، ١٣ من ذات القانون .

(الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(٢٨)

٢- الضرر المبيح للتطليق . ماهيته. ايذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ايذاء لا يليق بمثلها . كفاية اتفاق أقوال الشهود على ذلك . لا يشترط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الايذاء .

(الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٢٩)

٤- الضرر الموجب للتطليق . ماهيته. ايذاء الزوج زوجته بأى نوع من أنواع الايذاء المتعمد بالقول أو بالفعل . م٦ م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما . دخول فيه .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(٣٠)

معيـــاره :

١- الضرر ، معياره . شخصى لا مدى تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً . من سلطة قاضى الموضوع .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣١)

٢- الضرر الموجب للتفريق . م٦ من بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته ، معياره . شخصى لا مادى . استقلال قاضى الموضوع بتقدير أى من الزوجين المتسبب فى الضرر .

(الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣٢)

شـرطـه :

١- التطليق للضرر . م٦ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مصدره مذهب المالكية ، شرطه . ايقاع الزوج بزوجته ايذاء بالقول أو الفعل لا يكون عادة بين أمثالهما ، ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما . عدم اشتراط تكرار ايقاع الأذى بالزوجة .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٣٣)

٢- التزام المحكمة بمحاولة الاصلاح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق للضرر ، وإلا كان قضاؤها باطلاً . عدم لزوم هذا الاجراء عند القضاء برفض الدعوى . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣٤)

٣-الحكم بالتطليق للضرر . شرطه . وقوع الضرر من الزوج دون الزوجة . م٦ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٣٥)

٤- التطليق للضرر . م٦ من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . اضرار

الزوج بزوجته مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وأن يعجز القاضي عن الاصلاح بينهما . عرض محكمة أول درجة الصلح على الطرفين ورفضه من وكيل المطعون ضدها . كاف لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين . لا محل لاعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعو إليه .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(٣٦)

٥- التطليق للضرر . م٦ مرسوم بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه . عجز القاضي عن الاصلاح بين الزوجين . عدم رسم القانون طريقًا معينًا لمحاولة الاصلاح واستيجاب حضور الزوجين معاً أو بشخصهما أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الاجراء عرض الصلح على وكيل المدعية ورفضه كادعاء لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٣٧)

من صور الضرر :

١- الضرر الموجب للتطليق ماهيته . ايذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل . م٦ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما . دخول فيه .

(الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٧)

٢- اباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة غير مستطاع بين الزوجين . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(٣٨)

٣- اباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلاً . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(٣٩)

٤- اباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة بين الزوجين غير مستطاع .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(٤٠)

رفع دعوى جديدة بالتطليق للضرر :

١- ادعاء الزوجة على زوجها اضراره بها . رفض دعواها لعجزها عن اثبات الضرر . حقها فى رفع دعوى جديدة بطلب التطليق لذات السبب . شرطه . أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت بها الدعوى الأولى .

(الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٤١)

٢- سبق صدور حكم برفض دعوى الزوجة بطلب التطليق للهجر . لا يحول دون رفع دعوى تطليق أخرى استناداً إلى الهجر الذى استطال إلى ما بعد صدور الحكم الأول .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١٢/١٥)

(٤٢)

٣- بعث حكمين إذا كررت الزوجة شكواها بطلب التطليق للضرر . شرطه . عدم ثبوت الضرر فى الدعوى الثانية . قضاء الحكم المطعون به بالتطليق استناداً إلى توافر المضارة الموجبة للتطليق . صحيح النعى عليه بعدم اتخاذ اجراءات التحكيم . على غير أساس .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(٤٣)

٤- الزوجة التى رفضت دعواها بطلب التطليق للضرر . حقها فى أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب . شرطه . استنادها إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(٤٤)

٥- للزوجة رفع دعوى جديدة بالتطليق للضرر . شرطه . أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم ١١٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/١٧)

(٤٥)

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير عناصر الضرر : محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير الأدلة وعناصر الضرر الموجب للتطليق دون رقابة عليها فى ذلك . شرطه . ألا تعتمد على واقعة بغير سند وبيان الحقيقة التى اقتنعت بها واقامة قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

التطليق للزواج بأخرى

(٤٦)

١- الحكم بالتطليق . م١١ مكرراً من ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . اثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٤٧)

٢- الزواج بأخرى فى حد ذاته . لا يعد ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطليق . علة ذلك . على الزوجة اقامة الدليل على اصابتها بضرر منهياً عنه شرعًا حقيقياً وثابتاً مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس ومترتبًا عليها منافياً لحسن العشرة بين أمثالهما ، استبعاد المشرع الاضرار التى مرجعها المشاعر الانسانية للمرأة تجاه ضرتها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٤٨)

٣- قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه بالتطليق لتضرر المطعون ضدها من زواج الطاعن بأخرى المتمثل فى اصابتها بالحزن والغيرة والاحباط . عدم بيان حقيقة الضرر واستقلاله بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتباً عليها . خطأ وقصور .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٤٩)

٤- التطليق للزواج بأخرى . م١١ مكرراً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه . عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين دون استلزام طريقاً معين للاصلاح أو حضورهما شخصياً عند اتخاذه . عرض محكمة أول درجة الصلح على الزوجين . رفضه من احدهما . كاف لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بينهما . لا حاجة لاعادة عرضه أمام محكمة الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعو إليه .

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٥٠)

٥- التطليق وفقًا لنص المادة ١١ مكرراً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٨٥ . شرطه . اثبات الزوجة تحقق ضرر بها لاقتران زوجها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما . القضاء بالتطليق دون محاولة التوفيق بين الزوجين . أثره . بطلانه .

(الطعن رقم ٨٤ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

التطليق للحبس

(٥١)

أحقية زوجة المحكوم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر فى طلب التطليق عليه بعد مضى سنة من سجنه . م١٤ من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. صدور العقوبة فى جناية أو جنحة أثر له ، علة ذلك . عدم اشتراط أن يكون الحكم الصادر بالعقوبة باتاً . كفاية أن يكون نهائياً . علة ذلك

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

التطليق لعجز الزوج

(٥٢)

تطليق الزوجة البكر بسبب عنة الزوج ، شرطه . وجوب امهاله سنة تتعاقب عليها الفصول الأربعة تبدأ من يوم الخصومة . وجود مانع شرعى أو طبيعى كالاحرام أو المرض . أثر بدء السنة حين زوال المانع . عدم احتساب غيبة الزوجة أو مرضها أو مرضه إن كان لا يستطاع معه الوقاع . عجز الزوج عن مداخلة زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى . لا أثر له . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٨) حضانة

(٥٣)

١– الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة . حجيتها مؤقتة . بقاؤها طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير .

(الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٥٤)

٢– الحكم نهائيًا بابقاء الصغير فى يد والدته . مناقضة الحكم المطعون فيه لحجيته – بقضائه بتأييد الحكم المستأنف بضم الصغيرة المطعون ضده – دون الاستناد لأسباب استجدت بعد صدور الحكم النهائى . أثره . جواز الطعن فيه بطريق النقض .

(الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٥٥)

الحضانة كأثر للزواج . سريان القانون المصرى وحده عليها . إذا كان

أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده . م١٤ مدنى .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٥٦)

٤- حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشرة سنة . بلوغ الصغير هذه السن . ليس حداً تنتهى به حضانة النساء حتماً ، علة ذلك . للقاضى بمقتضى سلطته التقديرية بما يحقق مصلحة الصغير ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٥٧)

الموجز :

٥- الأم أحق النساء بحضانة الصغير .. عدم وجودها أو عدم أهليتها للحضانة . أثره ، انتقال حق الحضانة إلى من يليها . م٢٠ ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تقديم أم الأم على أم الأب فى الحضانة مع تساويهما فى درجة القرابة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

القاعدة

النص فى الفقرة الخامسة من المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، على أنه « ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى : الأم فأم الأم وإن علت . فأم الأب وإن علت .. إلخ » مما مفاده أن أحق النساء بحضانة الصغير أمه ما دامت أهلاً للحضانة ، وإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهل للحضانة ، انتقل حق الحضانة إلى أم الأم مهما علت ، ثم إلى أم

الأب وإن علت ، وقدمت أم الأم على أم الأب فى الحضانة مع تساويهما درجة القرابة ، لأن قرابة الأولى من جهة الأم ، وقرابة الثانية من جهة الأب ، وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم ، فالمنتسبة بها تكون أولى من المنتسبة بالأب.

(٩) متعة

(٥٨)

الاختصاص بدعوى المتعة :

دعوى المتعة . انعقاد الاختصاص بها للمحكمة الابتدائية .علة ذلك . أثره . أن ميعاد استئناف الحكم الصادر فيها ثلاثين يوماً .

(الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٥/٦/١٩٩٩)

(٥٩)

شروط استحقاقها :

١– المتعة شروط استحقاقها . أن يكون الطلاق بغير رضاء الزوجة ولا بسبب من قبلها .

(الطعن رقم ١٢١ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » – جلسة ١٥/١٢/١٩٩٨)

(٦٠)

٢– استخلاص محكمة الموضوع أن الطلاق كان بدون رضاء الزوجة ولا بسبب من قبلها . اقامة قضائها على أسباب تكفى لحمله . اطراحها المستندات المقدمة للتدليل على رضاء المطعون ضدها . لا عيب . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » – جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٦١)

٣- المتعة . شـروط استحقاقها . طلاق الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح دون رضاها ولا بسبب من قبلها ، تقديرها بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٧/١٣)

(٦٢)

ما لا يؤثر فى استحقاقها :

ترك الزوجة مسكن الزوجية . لا أثر له فى استحقاق المتعة . علة ذلك . لا يفيد رضاها بالطلاق او أنه كان بسبب من جانبها . الاستثناء . أن يكون الترك هو السبب المباشر فى فصم عرى الزوجية . المنازعة فى ذلك جدل موضوعى فى تقدير المحكمة لأدلة الدعوى . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٦٣)

اثبات توافر شروط استحقاقها :

استحقاق المطلقة للمتعة . شرطه . وقوع الطلاق دون رضاها وبغير سبب من قبلها . اثبات ذلك بالبينة الشرعية . تحققه . بشهادة رجلين او رجل وامرأتين . م ٢٨٠ لائحة شرعية ٨

(الطعن رقم ٧٠٤ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٨)

(٦٤)

تقديرها :

١- المتعة . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة محكمة

النقض . شرطه . الا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨ ، والطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٦٥)

٢– المتعة . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض . شرطه . الا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٦٦)

٣– قضاء الحكم المطعون فيه بتعديل مقدار المتعة المحكوم بها ابتدائياً على قالة عدم تقدير بحكم النفقة الصادر لصالح الطاعنة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطعون ضده المالية تغيرت بعد هذا الحكم . خطأ وقصور .

(الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٧)

(٦٧)

التنازل عنها :

الموجز :

اشهاد الطلاق من المحررات الرسمية . طلاق الطاعن للمطعون ضدها مقابل أدائها له من حقوقها الشرعية . مؤداه ، اسقاط حقها فى المتعة التى تندرج فى تلك الحقوق مالم تطعن على الاشهاد بالتزوير .

(الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

القاعدة

لما كان البين من اشهاد الطلاق المؤرخ ١٩٩٢/٢/٣ أن الطاعن طلق المطعون ضدها مقابل ابرائها له من مؤخر الصداق ونفقة العدة وجميع حقوقها الشرعية التى تندرج فيها المتعة بما يدل على انها أسقطت حقها فيها ، لا سيما وأنها لم تطعن على ما جاء باشهاد الطلاق على هذا النحو بالتزوير ، وهو من المحررات الرسمية التى لا تقبل الطعن على ما أثبته الموثق بها من بيانات من ذوى الشأن أمامه إلا بطريق التزوير ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بمتعة للمطعون ضدها ، فإنه يكون قد أخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى مما ادى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون .

(١٠) الاعتقاد الدينى

(٦٨)

الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية . تُبنى الأحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان . بحث القاضى جديتها أو بواعثها ودواعيها . غير جائز .

(الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١١) ردة

(٦٩)

اعتبار أولاد المرتدين مسلمين تبعاً لآبائهم . شرطه . ولادتهم قبل الردة . عدم اتباع آبائهم فى الردة . المولود بعد الردة . لا يكون مسلماً . انقطاع تبعيته لأبويه فى الدين بعد بلوغه عاقلاً . الحاقه بعد البلوغ بالملة التى يختارها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٢) وصية

(٧٠)

١–الوصية . وجوب تضمنها التعريف بالوصى له تعريفاً واضحاً نافياً

عنه الغموض والجهالة . علة ذلك . هى تمليك بعد الموت . الوصية لرجل أو لمن لا يحصون . تجهيل لا يمكن رفعه بالموصى له . الاستثناء ذكر لفظ ينبئ عن الحاجة كالفقراء . أثره . صحة الوصية . علة ذلك . النص فى المادة ٣٠ من قانون الوصية على صحتها لمن لا يحصون واختصاص المحتاجين منهم بها . لا أثر له . المقصود عدم الاحصاء من حيث العدد لا من حيث التجهيل بالموصى لهم .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨)

(٧١)

٢- الايصاء للعرب فى مشارق الأرض ومغاربها بالتركة . عدم تضمنه لوصف منضبط للموصى لهم . غموض وتجهيل . أثره . بطلان الوصية .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨)

(٧٢)

٣- الوصية تصرف غير لازم لا تنفذ إلا بعد الوفاة . للوصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام حيًا . كيفية ذلك . الايصاء بوصيتين متنافيتين فى محل واحد . أثره . بطلان الأولى. رجوع الموصى فى الوصية اللاحقة عن الوصية الأولى. وجوب الاعتداد به وإن شاب الوصية الثانية بطلان لا يتعلق بارادته فى الرجوع عن الوصية الأولى .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨)

(٧٣)

٤- استخلاص الرجوع عن الوصية . واقع . استقلال محكمة الموضوع بتقديره ما دامت اقامت قضاءها على أسباب سائغة لها سندها من الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها . المنازعة فى ذلك . كل فيما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨)

(٧٤)

٥- الاستحقاق فى التركة بالوصية الواجبة شرطه .

(الطعن رقم ١٤٢٢ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٧٥)

٦- الوصايا الواقعة من سنة ١٩١١ أفرنجية وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بها - بعد وفاة الموصى - ما ينبئ عن صحتها . « مثال» .

(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٢) وقف

(٧٦)

١- غرض الواقف . للقاضى استظهاره من مجموع كلامه فى كتاب الوقف كوحدة متكاملة .

(الطعن رقم ٦٢٩ ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٢٠)

(٧٧)

٢- انتهاء الخبير إلى استحقاق مورث المطعون ضدهم معاشاً لريع الوقف طبقاً لحجته . قضاء الحكم المطعون فيه اعتماداً على ما ورد بالتقرير باستحقاق المطعون ضدهم لذلك المعاش دون بيان أساس انتقال المعاش لهم من مورثهم . وفساد وقصور .

(الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٦ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٧٨)

٣- غرض الوقف . للقاضى استظهاره من مجموع كلامه فى كتاب الوقف كوحدة متكاملة .

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(٧٩)

أ- المسائل المتعلقة بغير المسلمين

(١) الدخول فى المسيحية

الدخول فى المسيحية . ماهيته . عمل ادارى م ن جانب الجهة الدينية المختصة . تمامه . باتمام الطقوس والمظاهر الخارجية بقبول الجهة الدينية وقيد من يطلب الانضمام إليها فى سجلاتها واعتباره عضواً يتبعها ويمارس طقوسها .

(الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٨٠)

(٢) زواج : موانع الزواج

العجز الجنسى . اعتباره مانعاً من موانع انعقاد الزواج . شرطه . أن يكون سابقاً عليه ومتحققًا وقت قيامه . أثره . بطلان عقد الزواج بطلاناً مطلقاً .

(الطعن رقم ٤٨٣ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٨١)

(٣) طاعة

١- الأحكام التى يتعين تطبيقها من شرائع غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة . ماهيتها . الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة واجبة التطبيق . ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية . .م١١ مكرر ثانيًا من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المضافة بق١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، من قواعد الاختصاص ومسائل الاجراءات . سريانها على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافها .

(الطعن رقم ٨٧ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٢)

(٨٢)

٢- الجنون المطبق أو المرض الذى لا يمكن البرء منه . من أسباب التطليق فى لائحة الأقباط الأرثوذكس . م ٥٤ من اللائحة . عدم صلاحيته بذاته متمسكاً للزوجة فى الاعتراض على انذار الطاعة الموجه إليها من زوجها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٨٣)

٣- للزوجة التمسك بالاقامة فى مسكن مستقل لا يشاركها فيه أحد من أقارب زوجها سوى أولاده من غيرها إن وجدوا . م١٤٩ من لائحة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ . القضاء بعدم الاعتداد بانذار الطاعة الموجه للطاعنة من المطعون ضده - طالب التطليق - على سند من عدم شرعية مسكن الطاعة لانشغاله بسكنى والدته . مؤداه . أن الفرقة ترجع إلى اخلاله بالتزامه باعداد المسكن الشرعى فلا يصح أن يستفيد من خطئه. قضاء الحكم المطعون فيه باجابته إلى طلب التطليق . خطأ .

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/١٧)

(٨٤)

(٤) تطليق

١- التطليق لاستحكام النفور والفرقة . م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . شرطه . استحكام النفور بين الزوجين الذى تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة واستطالة الفرقة بينهما بسبب هذا النفور مدة ثلاث سنوات متصلة وألا يكون طالب التطليق المتسبب فى الفرقة .

(الطعن رقم ٧٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٨٥)

٢- التطليق لاستحكام النفور بين الزوجين وافتراقها ثلاث سنوات متتاليات . شرطه . م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . المقصود باستحكام النفور . وجوب الا يكون راجعاً إلى خطأ الزوج طالب التطليق . لا محل لاعمال المادة متى كانت الفرقة أو واقعة الهجر المنسوبة لأحد الزوجين مردها إلى اخلال الزوج طالب التطليق بواجباته نحو الآخر .

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٦٨ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/١٧)

(٨٦)

٣- تقدير سوء السلوك والاعتداء الذى يعرض حياة الزوج الآخر أو صحته للخطر . المادتان ٥٥ ، ٥٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . من مسائل الواقع التى تستقل محكمة الموضوع بتقديرها . حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها ، وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم فى كافة مناحى دفاعهم والرد استقلالاً على كل قول أو طلب أو حجة أثاروه ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٥ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(٨٧)

٤ - التطليق لاستحكام النفور بين الزوجين وافتراقهما ثلاث سنوات متواليات . شرطه . م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . المقصود باستحكام النفور . وجوب الا يكون راجعاً إلى خطأ طالب التطليق .

(الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦٥ق ، احوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٨٨)

(٥) النسب

قبول دعوى النسب بعد وفاة المورث . شرطه . أن تكون ضمن دعوى الحق فى التركة . نظر المحكمة دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين ،

مؤداه. نظرها لدعوى النسب . علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٨٩)

رابعًا - دعوى الأحوال الشخصية

(أ) الاختصاص بها

الدعاوى المنصوص عليها فى المادة ٢٤ من اللائحة . جواز رفعها أمام المحكمة التى يقع بدائرتها محل اقامة المدعية . شرطه . أن تكون زوجة او اماً أو حاضنة .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٩٠)

(ب) انعقاد الخصومة (بالحضور أو بالاعلان)

١- اكتساب أحد طرفى الخصومة صفة من الصفات المبينة بالفقرات ٦، ٧، ٨ من المادة ١٣ مرافعات . وجوب أن يكون معلوماً للخصم الآخر علماً يقينيًا وقت مباشرته الاعلان وإلا حق اتباع القواعد الأصلية فى الاعلان . « مثال بشأن اعلان أفراد القوات المسلحة » .

(الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦١ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٢)

(٩١)

٢- حضور الطاعن أمام محكمة أول درجة بعد تاريخ العمل بقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . تنعقد به الخصومة ، سواء شاب اجراءات اعلان صحيفة الدعوى البطلان ، أو لم تكن أعلنت أصلاً . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٢)

٣- انعقاد الخصومة شرطه اعلان المدعى عليه اعلاناً صحيحاً بصحيفة الدعوى أو حضوره بالجلسة . لا محل لاشتراط تنازله صراحة أو ضمناً عن حقه فى الاعلان . م ٦٨ مرافعات المضافة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ علة ذلك

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٣)

٤- عدم وجود من يصح تسليم صورة الاعلان إليه . أثره . التزام المحضر بتسليمها إلى جهة الادارة وتوجيه كتاب مسجل بذلك للمعلن إليه. تحديد تاريخ وساعة ذلك الاعلان .

العبرة فيه بتاريخ وساعة تسليم الصورة المعلنة لجهة الادارة .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٩٤)

٥- عدم التزام المحضر بالتحقق من صفة مستلم الاعلان أو حقيقة علاقته بالمعلن إليه .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٩٥)

٦- مثول الطاعن بجلسات المرافعة والتحقيق بشخصه أو بوكيل عنه وابداء طلباته . أثره . انعقاد الخصومة . مؤداه . النعى بعدم اعلانه بالدعوى وبحكم التحقيق غير منتج .

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٩٦)

٧- المواجهة بين الخصوم . تحققها بالاعلان الصحيح أو بالعلم اليقينى الذى يتمثل فى حضور الخصم أمام القضاء ومتابعته السير فى الدعوى.

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٩٧)

(ج) شروط قبول الدعوى

المصلحة :

١- الدعوى ، مناطها . المصلحة سواء كانت حالة أو محتملة . م ٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٨)

٢- دعوى التطليق يترتب عليها آثار مالية للورثة ، ايراد الحكم المطعون فيه بأسبابه أن لورثة المطلقة مصلحة فى التدخل فى الاستئناف لما لهم من حق مالى فى تركها . صحيح .

(الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٩٩)

سماع الدعوى :

دعوى الزوجية . عدم سماعها عند الانكار إلا بوثيقة رسمية . م٩٩/ ٤ من م بق ٧٨ لسنة ١٩٣١ . لا عبرة بما إذا كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق مالى آخر . استثناء دعوى النسب . سريان المنع سواء كانت الدعوى مرددة بين الزوجين أو ورثتهما أو النيابة العامة .

(الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(١٠٠)

(د) نطاق الدعوى

الطلبات فى الدعوى :

١-تحديد طلبات الخصم . العبرة فيه بحقيقة ما يرمى إليه ويطلب الحكم به .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٠١)

٢- الطلب فى الدعوى . ماهيته . القرار الذى يطلبه المدعى حماية للحق أو المركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٠٢)

٢- تعديل الطلبات فى الدعوى من قبيل الطلبات العارضة . كيفية ابدائه وحالاته . م١٢٤ مرافعات .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٠٣)

٤- العبرة بالطلبات الختامية فى الدعوى . لا بالطلبات السابقة عليها.

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٠٤)

السبب فى الدعوى :

سبب الدعوى . ماهيته . الواقعة أو الوقائع التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب . عدم تغيره بتغيير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٠٥)

(٥) اجراءات نظر الدعوى

سرية الجلسة :

الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . وجوب نظرها فى غير علانية على أن يصدر الحكم فيها علنًا . م٨٧١ ، ٨٧٨ مرافعات . الأصل فى الاجراءات أنها روعيت ما لم يقم الدليل على غير ذلك . خلو محضر الجلسة التى صدر فيها الحكم مما يفيد النطق به فى غرفة مشورة . مفاده. صدوره فى علانية .

(الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(١٠٦)

تدخل النيابة العامة :

١- مسائل الأحوال الشخصية . ماهيتها . وجوب تمثيل النيابة العامة فيها بوصفها نائبة عن المجتمع . الأحكام الصادرة فيها . حجيتها مطلقة قبل الكافة سواء كانت مقررة أو منشئة لما تضمنته من حقوق. علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/١٤،
والطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية »- جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٠٧)

٢- رأى النيابة . ليس من البيانات التى يترتب على اغفالها بطلان الحكم طالما أن النيابة أبدت رأيها بالفعل .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٠٨)

٣- تفويض النيابة العامة الرأى للمحكمة فى قضايا الأحوال

الشخصية ابداء للرأى فيها يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وابداء الرأى فيها

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ق ، احوال شخصية ، - جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(١٠٩)

ضم الدعاوى :

عدم اندماج الدعاوى المنضمة وفقدان كل منها استقلالها إذا اختلفت سبباً وموضوعاً تقابل الطلبات فى هذه الدعاوى واتحادها سبباً وخصوماً . أثره . اندماجها وفقدان كل منها استقلالها

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ق ، احوال شخصية ، جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(١١٠)

التحكيم فى الدعوى :

١ - جهل الحال على الحكمين وعدم معرفة المسئ من الزوجين واستحكام الخلاف بينهما . اقتراح الحكمين التطليق دون بدل . لا حاجة لتحرى أسباب الخلاف أو المسئول عنه .

(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ق ، احوال شخصية ، - جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨)

(١١١)

٢- الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . اتفاقهما على رأى . أثره وجوب أخذ القاضى به دون تعقيب

(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ق ، احوال شخصية ، جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨)

(١١٢)

٣- التزام الحكمين باخطار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم م٩/١ من ق٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بق ١ لسنة ١٩٨٥ عدم استلزام شكلاً خاصاً فى الاخطار وحضور الزوجين معاً غياب أحدهما لا يرتب

بطلان اجراءات التحكيم . أثره . وجوب استمرار الحكمين فى المهمة المنوطة بهما .

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

(١١٣)

٤- طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية . وجود تدخل المحكمة بين الزوجين لانهاء النزاع صلحاً واتخاذ اجراءات التحكيم إذا تبين استحكام الخلاف بينهما . اتفاق الحكمين على التطليق . أثره . نفاذ قرارهما فى حق الزوجين والتزام القاضى به وامتناعه عن احالة الدعوى إلى التحقيق . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

(١١٤)

٥- التزام المحكمة باتخاذ اجراءات التحكيم فى دعوى التطليق .حالاته. أن تكرر الزوجة طلب التطليق ولم يثبت ما تشكو منه بعد رفض دعواها الأولى : أو إذا طلبت التطليق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وثبوت أن الخلاف مستحكم بين الزوجين . المادتان ٦ ، ١١ مكرر ثانياً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١١٥)

٦- الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . اتفاقهما على رأى . أثره . وجوب امضاء الحاكم له دون تعقيب .

(الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١١٦)

٧- الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة . نفاذ قرارهما فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه . اتفاقهما على رأى . أثره . التزام القاضى به دون تعقيب .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١١٧)

٨- التزام المحكمة باتخاذ اجراءات التحكيم . شرطه . أن تطلب الزوجة التطليق على زوجها من خلال اعتراضها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وثبوت أن الخلف مستحكم بين الزوجين . م١١ مكرر ثانياً من م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١١٨)

٩- الحكمان . شرطهما . أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين عدم وجود من يصلح لهذه المهمة من أقارب الزوجين . أثره . تعيين القاضى حكمين أجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١١٩)

١٠- النعى بأن الحكمين من غير أهل الزوجين أو بأنهما لا يقوما بعملهما على الوجه الصحيح رغم مثول الطاعن أمامهما ولم يعترض على ذلك . دفاع يخالطه واقع . التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض . غير مقبول .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٢٠)

١١- انتهاء الحكمان إلى التفريق بين الطرفين لاستحكام الخلاف بينهما بما يستحيل معه دوام العشرة . مؤداه . نفاذ قرارهما فى حق الزوجين وإن لم يرتضياه والتزام القاضى به . علة ذلك . احالة الدعوى إلى التحقيق من بعد . غير جائز .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٤/٥/١٩٩٩)

(١٢١)

(و) الدفاع والدفوع فى الدعوى

١- الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم اعلان صحيفته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها . م ٧٠ مرافعات . دفع شكلى غير متعلق بالنظام العام . وجوب ابدائه قبل التعرض للموضوع . كيفية ذلك .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨)

(١٢٢)

٢- أوجه الدفاع المتعلقة بالاجراءات التى يباشرها قاضى التحقيق لدى محكمة الموضوع . وجوب التمسك بها فى جلسات المرافعة التالية لجلسة التحقيق . عدم جواز التحدى بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(١٢٣)

٣- دفاع لا يغير وجه الرأى فى الدعوى . عدم تناوله الحكم بالرد . لا عيب .

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(١٢٤)

٤- الطلب أو وجه الدفاع الجازم الذى جزم أن يترتب عليه تغيير وجه

الرأى فى الحكم . التزام محكمة الموضوع بالاجابة عنه بأسباب خاصة . اغفال مواجهته والرد عليه . قصور .

(الطعن رقم ٥٩ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٢٥)

٥– اغفال الحكم المطعون فيه الاشارة إلى دفع الطاعنة بعدم قبول الاستئناف شكلاً وخلو الأسباب من الفصل فيه . قصور .

(الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٣/١٥)

(١٢٦)

٦– وجوب ايراد الحكم خلاصة موجزة للدفوع ولو لم تكن جوهرية . اغفال الحكم الرد عليها ، أو على أوجه الدفاع الجوهرى . قصور فى الأسباب الواقعية يرتب البطلان . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٣/١٥)

(١٢٧)

(ز) الاثبات فيها

القانون الواجب التطبيق :

الاثبات فى مسائل الأحوال الشخصية . اجراءات الاثبات الشكلية . خضوعها لقانون المرافعات . قواعد الاثبات المتصلة بذات الدليل . خضوعها لأحكام الشريعة الاسلامية . م ٥ ، ٦ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، م ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(١٢٨)

عبء الاثبات :

الأصل فى الاجراءات أنها روعيت . على من يدعى مخالفتها اقامة

الدليل على ذلك . جحد الثابت بورقة الحكم أو مسودته من بيانات بطريق الطعن بالتزوير .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٥ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٢٩)

طرق الاثبات :

الكتابة : المحررات الرسمية :

١- محضر اعلان أوراق المحضرين من المحررات الرسمية . حجيته مطلقة على ما دون بها من بيانات باشرها محررها فى حدود مهمته . عدم جواز المجادلة فى صحتها ما لم يطعن بتزويرها وثبوته .

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٣٠)

٢- المحررات الرسمية . حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . م١١ اثبات .

(الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٣١)

٣- المحررات الرسمية . حجيتها على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة . م ١١ اثبات .

(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٣٢)

البينة :

١- الشهادة . وجوب موافقتها للدعوى . شهادة الشهود بأكثر مما

ادعاه المدعى أو بغيره . أثره . عدم قبولها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٣٣)

٢- جواز طلب الاحالة إلى التحقيق لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. عدم استجابتها له بعد أن تقاعس الطالب عن احضار شهود النفى أمام محكمة أول درجة . لا عيب طالما وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٣٤)

٣- اقامة المدعى البينة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق فى دعواه . غير مقبول . علة ذلك . البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(١٣٥)

٤- شهادة القرابات بعضهم لبعض . جائزة فى المذهب الحنفى . الاستثناء . شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين لصاحبه .

(الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(١٣٦)

٥- الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى اثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين للآخر . غير جائزة . نصابها . شهادة أصلية من رجلين عدلين ، أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة بالتسامع فى اثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها . مخالفة للقانون .

(الطعن رقم ٣٩ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/١/٢٥ ،
والطعن رقم ١٩٦ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١٣٧)

٦- قبول شهادة القرابات بعضهم لبعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه . شرطه . ألا تتوافر لها أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥ ،
والطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » جلسة ١٩٩٩/٤/٢٦ ،
والطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(١٣٨)

٧- اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان . لا أثر له فى قبول شهادتهما فى الفقه الحنفى ، طالما أن المشهودة به قبولاً محضاً .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١٣٩)

٨- الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى اثبات أو نفى مضاره أحد الزوجين للآخر . غير جائزة . البينة فيها - وفقاً للراجح فى فقه الأحناف - شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية فى اثبات مضارة بالمطعون ضدها . خطأ .

(الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٤٠)

٩- قبول الشهادة على حقوق العباد . شرطه . أن تكون موافقة للدعوى . الموافقة التامة والموافقة الضمنية . ماهيتها . كفاية الموافقة فى المعنى دون اللفظ .

(الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(١٤١)

١٠- الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه . الشهادة بالتسامح فى اثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين من الآخر . غير جائزة .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٤٢)

١١- الشهادة على الضرر الموجب للتطليق - وفقًا للراجح فى فقه الأحناف - نصابها . رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول . م.٢٨٠ لائحة شرعية .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٤٣)

١٢- التعدد فى الشهادات . شرط صحتها . اتفاقها مع بعضها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٤٤)

١٣- الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه . الشهادة بالتسامح فى اثبات أو نفى الأوجه الشرعية التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها . غير جائز . نصابها . شهادة أصلية من رجليُن عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة بالتسامع فى اثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها. خطأ وفساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٧/١٣)

(١٤٥)

الاقرار :

الاقرار الذى يعتبر حجة قاطعة على المقر . ماهيته . الاقرار الصادر

منه فى مجلس القضاء وفى ذات النزاع الخاص بالواقعة المدعى بها عليه . الاقرار غير القضائى الصادر من المقر فى نزاع آخر ، أو فى غير مجلس القضاء . خضوعه لتقدير محكمة الموضوع التى لها مطلق الحق فى تقدير قوته فى الاثبات باعتباره دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة. شرطه . أن يكون تقديرها سائغاً .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(١٤٦)

(ج) اعادة الدعوى للمرافعة :

النطق بالأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة . اعتبارها اعلاناً للخصوم بها ، شرطه أن يكون الخصم قد حضر احدى الجلسات أو قدم مذكرة بدفاعه ، وأن يكون سير الجلسات عقب ذلك متتابعاً لم يعترضه عائق . علة ذلك . انقطاع تسلسل الجلسات من بعد . أثره . التزام قلم الكتاب باعلان من لم يحضر من الخصوم بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول . م ١٧٤ مكرر مرافعات المضافة بق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٤٧)

(ط) المسائل التى تعترض سير الخصومة فى الدعوى :

ترك الخصومة :

١– ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكل معين للمذكرات أو تحديد طريق معين لتقديمها . اقرار الترك الموقع من وكيل الطاعن والمصدق عليه بمكتب التوثيق . تقديمه بعد انقضاء ميعاد الطعن

بالنقض . مؤداه . تحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول المطعون ضدها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٦٦ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(١٤٨)

٢– ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله. م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكل معين للمذكرات أو تحديد طريق معين لتقديمها . الاقرار المنسوب إلى الطاعن والمصدق عليه . تقديمه بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض . مؤداه . تحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول المطعون ضدها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/١٦)

(١٤٩)

(ى) الحكم فى الدعوى :

وصف الحكم :

انقضاء الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه . المادتان ٢٨٣ ، ٢٨٥ لائحة شرعية .

(الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٥٠)

تسبيب الحكم :

١– الأحكام . وجوب أن تكون مبنية على أسباب واضحة جلية تنم عن تحصيل فهم الواقع فى الدعوى مما له سند من الأوراق .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(١٥١)

٢– احالة الحكم فى أسبابه إلى أسباب حكم آخر أو التعديل عليها .

شرطه . أن يكون مودعاً ملف الدعوى . لا يغير من ذلك صدورهما من ذات المحكمة فى نفس اليوم بين الخصوم أنفسهم . علة ذلك . اعتماد المحكمة على علمها الشخصى . غير جائز .

(الطعن رقم ٦٥ لسنة ٦٨ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(١٥٢)

٣- وجوب اشتمال الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة . م ١٧٨ مرافعات .

(الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٥ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٥٣)

عيوب التدليل (القصور) :

١- اقامة الطاعنة دعواها بطلب التفريق على عدة أسباب . قضاء الحكم المطعون فيه بالغاء الحكم المستأنف بالتطليق ، اقتصاره على بحث أحد هذه الأسباب رغم عدم التنازل عن الأسباب الأخرى . قصور .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ٢٦/ ١٩٩٨/١٠)

(١٥٤)

٢- اغفال الحكم بحث مستندات مؤثرة فى الدعوى . قصور مبطل للحكم « مثال بصدد قصور الحكم فى الرد على المستندات المقدمة من الطاعنة للتدليل على عدم حيازة المطعون ضده لمسكن الطاعنة .

(الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٦٢ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٥٥)

٣- اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه برفض دعوى التطليق على سند من عدم اطمئنانه لأقوال شاهدى الطاعنة دون أن يعرض لما قدمته من مستندات وما لها من دلالته قد يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى

وتحقيق دفاعها فى هذا الشأن . قصور .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/١/٢٦)

(١٥٦)

٤– اغفال الحكم بحث مستندات مؤثرة فى الدعوى . قصور مبطل له.

(الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٥٧)

٥– الطلب أو وجه الدفاع الجازم الذى يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعوى . التزام محكمة الموضوع بالرد عليه . اغفالها ذلك . قصور .

(الطعن رقم ١٤٢٢ لسنة ٦٢ق « احوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(١٥٨)

٦– تقديم الخصم لمحكمة الموضوع مستندات تؤثر فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم وتمسكه بدلالتها . التفات الحكم عن بحثها وتمحيصها . قصور .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٥٩)

٧– التفات الحكم عن التحدث عن مستندات قدمها الخصم . تمسك بدلالتها . قصور .

(الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢ ،
والطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(١٦٠)

الفساد فى الاستدلال :

١– فساد الحكم فى الاستدلال .ماهيته . استناد المحكمة فى اقتناعها

إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو عدم فهم الواقعة التى تثبت لديها أو وقوع تناقض بين هذه العناصر .

(الطعن رقم ٧٠٤ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٦١)

٢- فساد الحكم فى الاستدلال . ماهيته استناد المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها ، أو إلى عدم فهم الواقعة التى تثبتت لديها أو استخلاص الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما استخلصته .

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(١٦٢)

٢- فساد الحكم فى الاستدلال . ماهيته .

(الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢ ،
والطعن رقم ٧٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢ ،
والطعن رقم ١٧٣ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٦٣)

مخالفة القانون :

الأصل فى الشهادة . وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه . الشهادة بالتسامع على اثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين للآخر . غير جائزة . البينة فيها - وفقاً للراجح فى فقه الأحناف - شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول . اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية فى اثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها . مخالفة للقانون .

(الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(١٦٤)

الخطأ فى تطبيق القانون :

التطليق للزواج بأخرى . شرطه . اختلاف السبب فى هذه الدعوى عن السبب فى دعوى التطليق لعدم الانفاق . علة ذلك . اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه على أساس المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من ق٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فى حين أن سبب الدعوى استند إلى المادة ١١ مكرراً من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

(الطعن رقم ١١٢ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٦٥)

حجية الحكم :

١- اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى . شرطه . أن يصبح أثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادى وإن طعن عليه بطريق غير عادى .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٦٦)

٢- اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى بالنسبة للدعوى اللاحقة . شرطه . اتحاد الموضوع والسبب والخصوم فى الدعويين . تخلف أحد هذه العناصر . أثره . عدم توافر أركان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها .

(الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٦٧)

٣- القضاء النهائى فى مسألة أساسية . مانع للخصوم أنفسهم من التنازع فيها بأية دعوى تالية تكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من

الطرفين قبله الآخر من حقوق مترتبة عليها . اكتساب الحكم السابق قوة الأمر المقضى وإن كان الفصل فى المسألة الأولية وارداً فى أسبابه المرتبطة بمنطوقه ارتباطاً وثيقاً .

(الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٦٨)

حجية الحكم الجنائى :

١- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية ، شروطها . أن يكون باتاً باستنفاد طرق الطعن فيها أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٦٩)

٢- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية . شرطه . أن يكون باتاً لا يقبل الطعن . « مثال » .

(الطعن رقم ٤ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/١/٢٥)

(١٧٠)

٣- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية شرطها .

(الطعن رقم ٤١١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(١٧١)

٤- حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية . شرطه . أن يكون باتاً إما لاستنفاد طرق الطعن العادية فيه أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(١٧٢)

استنفاد الولاية :

القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . احالة الدعوى

من بعد إلى التحقيق لاثبات أو نفى واقعة تتعلق بالمسألة التى سبق الفصل فيها . غير جائز .

(الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ١٤/١٢/١٩٩٨)

(١٧٣)

(ك) الطعن فى الحكم

الاستئناف :

القانون الواجب التطبيق :

١– استئناف الأحكام الصادرة فى قضايا الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية . خضوعه فى اجراءاته لمواد الفصل الثانى من الباب الخامس من الكتاب الرابع من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية دون القواعد الواردة فى قانون المرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ١٨/١٢/١٩٩٨)

(١٧٤)

٢– استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف. خضوعه للقواعد الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دون قواعد قانون المرافعات . المادتان ١٣,٥ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٣٣ لسنة ٦٨ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

(١٧٥)

ميعاد الاستئناف :

١– ميعاد استئناف الأحكام الصادرة فى مواجهة الخصوم . احتسابه من اليوم التالى لصدورها وانقضائه اليوم الأخير منه . م ٣٠٧ ، ٣٠٨ لائحة شرعية .

(الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(١٧٦)

٢- خلو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قواعد خاصة بحساب مواعيد الاستئناف . مقتضاه - وجوب اتباع أحكام قانون المرافعات فى هذا الخصوص . الميعاد . عدم دخول يوم حدوث الأمر المجرى له فى احتسابه انقضائه بانقضاء اليوم الأخير منه ما لم يصادف عطلة رسمية فيمتد إلى أول يوم عمل بعدها . م١٥ ، ١٨ مرافعات .

(الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/١٠)

(١٧٧)

٣- استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية . خضوعه لقواعد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . المادتان ٥ و ١٣ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . مؤداه . ميعاد استئناف هذه الأحكام ثلاثين يوماً . م ٣٠٧ من اللائحة المذكورة .

(الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/١٥)

(١٧٨)

٤- ميعاد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى مواجهة الخصوم ثلاثين يوماً تبدأ من يوم صدورها . المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ لائحة شرعية . احتسابه من اليوم التالى لصدورها وانقضائه بانقضاء اليوم الأخير منه .

(الطعن رقم ٧٣٣ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(١٧٩)

رفع الاستئناف :

١- استئناف الأحكام الصادرة فى أنزعة الأحوال الشخصية المتعلقة بالأجانب رفعه بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه وفقاً للكتاب الرابع من قانون المرافعات أو بورقة تعلن

للخصم طبقاً لما هو مقرر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية . شرطه . شمول ورقته على البيانات المقررة للاعلانات وبيان كاف لموضوع الطلب والأسباب التى يستند إليها من رفعه وأن يتم تكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة وفقاً للبيانات التى تضمنتها صحيفة الاستئناف طبقاً للمادة ٣١٠ من اللائحة أو تنفيذاً لما أمر به رئيس المحكمة أو قاضيها لنظر الطلب . م ٨٧٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٨٨ لسنة ٥٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٨)

(١٨٠)

٢– الدعوى – ومثلها الاستئناف – تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد ايداع صحيفتها قلم الكتاب – اعلان الخصم بها اجراء منفصل عن رفعها وتالياً له . القصد منه . العبرة فى الورقة التى يرفع بها الاستئناف هى بتوافر البيانات التى يتطلبها القانون فيها . أثره . لا تثريب على المستأنف إن هو أودع قلم الكتاب تقريراً أو صحيفة متى تضمنت البيانات التى يتطلبها القانون . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٨ لسنة ٥٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٨)

(١٨١)

الأثر الناقل للاستئناف :

١– الأثر الناقل للاستئناف . مؤداه . التزام محكمة الاستئناف بالفصل فى أوجه الدفاع والدفوع المبداة أمام محكمة أول درجة وإن لم يتمسك بها المستأنف عليه أو تغيب أو لم يبد دفاعًا ، سواء فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى أو أغفلتها ما لم يتنازل عنها المستأنف عليه . طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف لا يعد تنازلاً عنها .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨)

(١٨٢)

٣– محكمة الاستئناف . وظيفتها . اعادة النظر فى الحكم المستأنف

من الناحية القانونية والموضوعية . تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود. وجوب خضوعه لرقابة المحكمة الاستئنافية . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٨٣)

٣- استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية . أثره . اعادة الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف. م ٣١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. اقامة الطاعنة دعوى التطليق على ثلاثة أسباب (تراخى المطعون ضده فى الدخول بها واعتداؤه عليها بالضرب والسب وعدم انفاقه عليها) . قضاء محكمة الاستئناف بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى دون بحث السبب الثالث الذى لم يتعرض له الحكم المستأنف ورفض الدعوى دون بحث السبب الثالث ولم تتنازل عنه الطاعنة صراحة أو ضمناً . قصور .

(الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٨٤)

٤- الاستئناف . أثره . م ٣١٧ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . مؤداه . التزام محكمة الاستئناف بالفصل فى كافة الأوجه التى تمسك بها الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى فى حدود ما رفع عنه الاستئناف طالما أن مبديها لم يتنازل عن التمسك بها .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(١٨٥)

التصدى للموضوع :

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم المستأنف لعيب شابه أو شاب الاجراءات التى بنى عليها دون أن يمتد إلى صحيفة الدعوى . أثره . وجوب الفصل فى الموضوع بحكم جديد يراعى فيه الاجراء الصحيح .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٨٦)

ما يعترض سير الخصومة فى الاستئناف :

اعتبار الاستئناف كأن لم يكن :

استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو الملية . خضوعه لقواعد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . تخلف المستأنف عن الحضور بالجلسة الأولى المحددة بورقة استئنافه . جزاؤه . اعتبار الاستئناف كأن لم يكن م٣١٦ ، ٣١٩ من اللائحة المذكورة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٧/٧/١٣)

(١٨٧)

الحكم فى الاستئناف :

تسبيب الحكم الاستئنافى :

١- أخذ محكمة الاستئناف بأسباب الحكم الابتدائى دون اضافة . لا عيب متى رأت فى هذه الأسباب ما يغنى عن ايراد جديد . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٨٨)

٢- الغاء محكمة الاستئناف حكم محكمة الدرجة الأولى . أثره . التزامها ببيان الأدلة التى استندت إليها فى حكمها وكونت منها عقيدتها .

(الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٨٩)

٣- أخذ الحكم الاستئنافى بأسباب الحكم الابتدائى والاحالة إليه . لا عيب شرطه ألا يستند الخصوم أمام محكمة الاستئناف إلى أوجه دفاع تخرج فى جوهرها عما قدموه لمحكمة أول درجة

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » جلسه ١٩٩٩/٦/٢١)

(١٩٠)

٤- الأحكام . وجوب أن تكون مبنية عن أسباب واضحة جلية تنم عن فهم الواقع فى الدعوى . مؤداه . التزام محكمة الاستئناف بأن تبين أسباب الغائها حكم محكمة أول درجة .

(الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(١٩١)

الطعن بالنقض :

الوكالة فى الطعن :

١- عدم تقديم المحامى الموقع على تقرير الطعن التوكيل الصادر من الطاعنة لموكله حتى قفل باب المرافعة . أثره . عدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة لا يغنى عن ذلك مجرد ذكر رقمه فى التوكيل الصادر له من وكيل الطاعنة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٦٢ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٢)

(١٩٢)

٢- وجوب ايداع الطاعن سند توكيل المحامى الذى رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة فيه . م ١/٢٥٥ مرافعات . علة ذلك. عدم تقديم المحامى الذى وقع على الصحيفة التوكيل الصادر من الطاعن لموكله . أثره . عدم قبول الطعن . لا يغنى عن ذلك تقديم صورة ضوئية منه أو ذكر رقمه فى التوكيل الصادر إليه .

(الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/١٧)

(١٩٣)

الموجز :

٣- عدم تقديم المحامى الذى وقع صحيفة الطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن حتى قفل باب المرافعة . أثره . عدم قبول الطعن لرفعه من

غير ذى صفة . لا يغنى عن ذلك أن المحامى الذى أودع الصحيفة موكل من الطاعن بتوكيل يتسع للطعن بالنقض طالما لم يوقعها . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٧/٥/١٩٩٩)

القاعدة

المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أنه – يتعين على الطاعن وفقاً لنص المادة ١/٢٥٥ من قانون المرافعات أن يودع سند توكيل المحامى الذى رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة لتتحقق المحكمة من قيام هذه الوكالة وتقف على حدودها وما إذا كانت تبيح للمحامى الطعن بالنقض وإلا كان الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة . لما كان ذلك. وكان الثابت بالأوراق أن المحامى الذى ذيلت صحيفة الطعن باسمه لم يقدم حتى قبل باب المرافعة . التوكيل الصادر له من الطاعن ، ومن ثم فإن الطعن يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة . ولا يغنى عن ذلك أن الأستاذ / ... المحامى الذى أودع صحيفة الطعن موكل من الطاعن بمقتضى توكيل يتسع للطعن كما أن ايداعها من محام غير الذى حررها ووقعها لا يعدو أن يكون نيابة محام عن زميل له فى مباشرة اجراء من اجراءات التقاضى تحت مسئولية المحامى الأصلى ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع ذلك عملاً بالمادة ٥٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بما لازمه أن يكون المحامى الأصلى الذى حرر الصحيفة ووقعها موكلاً من ذوى الشأن ، ولا يعتد فى ذلك بما إذا كان المحامى المناب عنه فى ايداعها موكلاً أو غير موكل .

(١٩٤)

صحيفة الطعن : التوقيع عليها :

صحيفة الطعن . تسطيرها على ورق مطبوع باسم محام مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض وتذييلها بتوقيع منسوب إليه قرين عبارة

«وكيل الطاعن» مفاده . أن التوقيع له الدفع ببطلان الطعن غير مقبول

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(١٩٥)

الخصوم فى الطعن :

١- الاختصام أمام القضاء. شرطه . الخصم الذى لم توجه إليه طلبات ولم يقض له أو عليه بشئ . عدم قبول اختصامه فى الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩)

(١٩٦)

٢- الاختصام فى الطعن بالنقض . مناطه . عدم قبول اختصام من لا يعد خصماً حقيقياً .

(الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(١٩٧)

٣- الاختصام فى الطعن بالنقض . شرطه . اختصام من لم يقض له أو عليه بشئ . اثره .

(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٩/٦/٧)

(١٩٨)

٤- الطعن بالنقض . الخصومة فيه . لا تكون إلا بين من كانوا خصوماً فى النزاع الذى فصل فيه الحكم المطعون فيه .

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٩/٧/١٢)

(١٩٩)

حالات الطعن :

١- الطعن بالنقض المبنى على تناقض حكمين انتهائيين شرطه

مناقضة الحكم المطعون فيه لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضى فى مسألة كلية شاملة ثار حولها النزاع بين طرفى الخصومة واستقرت حقيقتها بينهما بالفصل فيها فى الحكم السابق .

(الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٠٠)

٢٢– الحكم الانتهائى الصادر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم فى ذات النزاع وحاز قوة الأمر المقضى . جواز الطعن فيه بطريق النقض . لا يغير من ذلك أن تكون العناصر الواقعية للحكم السابق غير مطروحة على المحكمة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٠١)

أسباب الطعن :

أسباب الطعن بالنقض . وجوب تعريفها تعريفاً واضحًا كاشفًا عن المقصود منها نافياً عنها الغموض والجهالة بحيث يبين منه وأثره فى قضائه . م ٢٥٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(٢٠٢)

السبب المتعلق بالنظام العام :

١– الأسباب المتعلقة بالنظام العام . جواز اثارتها من النيابة أو المحكمة من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ١١١ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، – جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٧)

(٢٠٣)

٢– الأسباب المتعلقة بالنظام العام . جواز اثارتها من المحكمة من

تلقاء نفسها شرطه . أن تكون واردة على الجزء المطعون عليه من الحكم .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٩/٧/١٣)

(٢٠٤)

الأسباب غير المقبولة :

نعى يخالطه واقع :

نعى ينطوى على دفاع يخالطه واقع لم يسبق اثارته أمام محكمة الموضوع . عدم جواز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٠٥)

السبب المجهل :

عدم بيان الطاعن المستندات التى يعزو إلى الحكم عدم بيانها ودلالة كل منها وأثرها فى قضائه . نعى مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٠٦)

السبب الموضوعى :

١- الجدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة . تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩)

(٢٠٧)

٢- النعى فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فى تقدير أدلة الدعوى . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٦٤ق ، أحوال شخصية ، - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٠٨)

النعى على غير محل :

١- ورود النعى على الحكم الابتدائى دون أن يصادف محلاً من قضاء الحكم المطعون فيه . أثره . عدم قبول النعى .

(الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٠٩)

٢- وجوب ايراد سبب النعى على الدعامة التى أقام الحكم قضاءه عليها والتى لا يقوم له قضاء بغيرها . وورود النعى على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه . غير مقبول . « مثال » .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢١٠)

٣-نعى لا يصادف محلاً من قضاء الحكم المطعون فيه . غير مقبول.

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢١١)

٤- سبب النعى . وجوب ايرده على الدعامة التى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه عليها والتى لا يقوم له قضاء بدونها . النعى الذى لا يصادف محلاً قضاء الحكم المطعون فيه . غير مقبول .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/١٥)

(٢١٢)

السبب غير المنتج :

١- النعى. الذى لا يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى خلص إليها الحكم. غير منتج . غير مقبول .

(الطعن رقم ١١٤ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢١٣)

٢- قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى التطليق للضرر . النعى عليه فيما أورده عن محاولة محكمة أول درجة الاصلاح بين الزوجين . غير منتج .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢١٤)

٣- نعى لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحتة . غير منتج .

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢١٥)

٤- اقامة الحكم على دعامتين مستقلتين . كفاية أحدهما لحمل قضائه . النعى على الدعامة الأخرى . غير منتج .

(الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٢١٦)

النزول عن الطعن :

١- ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو وكيله يطلع عليها الخصم . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكلاً معيناً أو طريقاً بذاته لتقديمها اقرار الطاعن الموثق بالتنازل عن الطعن بعد انقضاء ميعاده . تضمنه نزولاً عن الطعن . مؤداه . تحقق آثاره بغير حاجة إلى قبول المطعون ضدها . أثره . وجوب القضاء باثبات ترك الخصومة فى الطعن .

(الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٢)

(٢١٧)

٢- ترك الخصومة . كيفيته . ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو وكيله . م ١٤١ مرافعات . عدم استلزام شكل لها أو طريق معين

لتقديمها توافره فى اقرار الطاعنة الموثق بترك الخصومة فى الطعن . تقديمه بعد انقضاء ميعاد الطعن بالنقض . مؤداه . تحقق آثاره بمجرد حصوله دون حاجة إلى قبول المطعون ضده . أثره . وجوب القضاء باثبات ترك الخصومة فى الطعن .علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٦٦ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٢،
والطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٦ ،
والطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٧ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٦،
والطعن رقم ٦٧١ لسنة ٦٦ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/٩ ،
والطعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٦ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٨/١١/١٧ ،
والطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٢/١٦،
والطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » –جلسة ١٩٩٩/٢/١٦ ،
والطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤ ،
والطعن رقم ٥٥٩ سنة ٦٧ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٢١٨)

أثر نقض الحكم :

نقض الحكم والاحالة . أثره . التزام محكمة الاحالة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها . اكتساب حكم النقض حجية الشئ المحكوم فيه فى المسائل التى بت فيها . أثره . يمتنع على محكمة الاحالة المساس بهذه الحجية عند اعادة نظر الدعوى .

(الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٦٨ق « أحوال شخصية » – جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

(٢١٩)

خامسا - القانون

١–النص القانونى . لا محل لتفسيره متى كان واضحاً قطعى الدلالة على المراد منه . ما أوردته المذكرة الايضاحية بشأن التعليق على الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ مرافعات . خروجاً عن المعنى الصحيح للنص

وتقييداً لمجال تطبيقه وجوب عدم الاعتداد به . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٠١ سنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

٢- الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف . خضوعها لذات القواعد التى كانت تحكمها قبل الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وجوب اتباع قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه قواعد خاصة فى هذه اللائحة .

(الطعن رقم ٥٧٨ سنة ٦٨ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/١٠)

(٢٢٠)

سادساً - قيم عليا

قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى تسليم العقار تأسيساً على أن المدعين البالغين وقت فرض الحراسة على والدهم من بين الخاضعين للحراسة تبعًا لأبيهم . م١ / ٢ من القرار بقانون ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة . قضاء المحكمة الدستورية من بعد بعدم دستورية ذلك النص فيما تضمنه من اعتبار الأولاد البالغين والورثة ضمن العائلة التى خضعت للحراسة ونشره . لازمه . نقض الحكم للخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٣١٢ سنة ٦٧ق « قيم عليا » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٢٢١)

سابعاً - محاماة

١- وجوب أيداع الطاعن سند توكيل المحامى الذى رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة فيه . م١/٢٥٥ مرافعات . علة ذلك . عدم تقديم المحامى الذى وقع على الصحيفة التوكيل الصادر من الطاعنة لموكله . أثره . عدم قبول الطعن . لا يغنى عن ذلك مجرد ذكر رقمه فى التوكيل الصادر إليه أو تقديم صورة ضوئية منه .

(الطعن رقم ٥٠ سنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٧)

(٢٢٢)

٢- عدم تقديم المحامى الموقع على الطعن التوكيل الصادر له من الطاعن حتى قفل باب المرافعة . أثره . عدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة . م ٢٥٥ مرافعات . علة ذلك . لا يغنى من ذلك مجرد ذكر رقمه بصحيفة الطعن .

(الطعن رقم ٤٤٩ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٢٣)

٣- عدم استئذان المحامى مجلس النقابة الفرعية لمقاضاة زميل له . مؤداه . تعرضه للمحاكمة التأديبية دون تجريد العمل الذى قام به من آثاره القانونية ولا يبطله متى تم وفقاً للأوضاع القانونية . م ٦٨ ، ٩٨ من قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(الطعن رقم ١٤٦ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٢٤)

٤- عدم ايداع الطاعن سند وكالة المحامى رافع الطعن قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة وحتى حجز الطعن للحكم . أثره . عدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٩ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨)

(٢٢٥)

٥- وجوب ايداع الطاعن سند توكيل المحامى الذى رفع الطعن وقت تقديم صحيفته وحتى قفل باب المرافعة فيه . علة ذلك . م٢٢٥ مرافعات . عدم تقديم المحامى الذى وقع على الصحيفة التوكيل الصادر من الطاعنة لموكله . أثره . عدم قبول الطعن . لا يغنى عن ذلك مجرد ذكر رقم هذا التوكيل فى التوكيل الصادر إليه من وكيل الطاعنة أو تقديم صورة ضوئية منه .

(الطعن رقم ١٩٠ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٧/١٣)

(٢٢٦)

٦- التوقيع فى نهاية الكتابة بالمحرر . افادته نسبتها إلى صاحب التوقيع . شرطه . دلالة الظروف المصاحبة على ذلك . مؤداه . ايداع صحيفة الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض وتذييلها بتوقيع مقروء نسب إليه وحملها خاتمه . أثره . اعتباره صاحب التوقيع .

(الطعن رقم ٢٧٧ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٨/٤)

(٢٢٧)

ثامناً - محكمة الموضوع

سلطتها فى فهم الواقع وتقدير الأدلة

١- قاضى الموضوع . سلطته التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة . ومنها الأدلة ومنها شهادة الشهود . عدم التزامه بتصديق الشاهد فى كل أقواله . له أن يطرح ما لا يطمئن إليه وجدانه وأن يأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله متى كان المعنى الذى أخذ به لا يتجافى مع مدلولها . شرطه . ألا يعتمد على واقعة بغير سند ، وأن يبين الحقيقة التى اقتنع بها واقامة قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامه بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلالاً ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها . المنازعة فى ذلك . جدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٦٩ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٢٨)

٢- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها ، وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . المنازعة فى ذلك . جدل فى سلطتها فى فهم الواقع

وتقدير الأدلة . وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٩٥ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٢٩)

٣- محكمة الموضوع . لها سلطة تقدير الدليل من كافة أوراق الدعوى. لها الأخذ بأقوال شهود فى قضية أخرى بين ذات الخصوم وإن اختلف موضوعًا . شرطه . ضم تلك الدعوى أو الحكم الصادر فيها متضمناً أقوال هؤلاء الشهود لملف النزاع وأن ذلك تحت بصر الخصوم كعنصر من عناصر الاثبات .

(الطعن رقم ٧٤٢ سنة ٦٧ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٣٠)

٤- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى والترجيح بين البيانات وتقدير الأدلة وأقوال الشهود . شرطه . عدم اعتمادها على واقعة بلا سند . حسبها بيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٢٠ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(٢٣١)

٥- محكمة الموضوع . سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة ، ومنها أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واطراح ما عداه . شرطه . أن تقيم حكمها على أسباب سائغة تكفى لحمله لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها .

(الطعن رقم ٣٢٥ سنة ٦٣ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٣٢)

٦- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة

والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها دون رقابة عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند . حسبها بيان الحقيقة التى اقتنعت بها واقامة قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلالاً ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها النعى عليها فى ذلك . جدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة ، عدم جواز ابدائه أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٠١ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٣٣)

٧- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود ما دامت لم تخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها ولم تعتمد على واقعة بلا سند . حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها واقامة قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم فى كافة مناحى دفاعهم ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها ، وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها . النعى عليها فى ذلك. جدل فيما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير الأدلة . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٤٦ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٣٤)

٨- استقلال قاضى الموضوع بتقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . له الأخذ بأقوال شاهد دون الآخر أو ببعض أقوال الشاهد مما يرتاح إليه ويثق به ، شرطه . ألا يخرج بعبارات الشهادة عن مدلولها .

(الطعن رقم ٣٦٠ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٣٥)

٩- استقلال محكمة الموضوع بتقدير أقوال الشهود واستخلاص

الواقع منها . شرطه . أن يكون استخلاصاً سائغاً لا خروج فيه عما يؤدى إليه مدلولها .

(الطعن رقم ٧٠٤ سنة ٧ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨)

(٢٣٦)

١٠– محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى والترجيح بين البينات وتقدير أقوال الشهود والمستندات دون رقيب عليها فى ذلك . شرطه ألا تعتمد على واقعة بلا سند ، وأن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٣٢٢ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٢٣٧)

١١– محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى والترجيح بين البينات وتقدير أقوال الشهود والمستندات . دون رقيب عليها فى ذلك . شرطه . ألا تعتمد على واقعة بلا سند ، وأن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها ، وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ١٨٧ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩)

(٢٣٨)

١٢– محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة دون رقابة عليها فى ذلك . طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند . حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها واقامة قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٧٣ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » – جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)

(٢٣٩)

سلطتها فى تقدير عناصر الضرر الموجب للتطليق

١– محكمة الموضوع استقلالها بتقدير عناصر الضرر الموجب

للتطليق وأقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . لها سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيه . شرطه . ألا تخرج بها إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . لا على الحكم من بعد اطراح ما يكون لمستندات الطاعن من دلالة مخالفة ما دام في قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لها . النعى عليها فى ذلك . جدل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الأدلة . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٠١ سنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠)

(٢٤٠)

٢- محكمة الموضوع . استقلالها بتقدير عناصر الضرر الموجب للتطليق وفهم الواقع وتقدير الأدلة . شرطه . اقامة قضاءهاعلى أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٣٢٩ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٣/٢٢)

(٢٤١)

٣- تقدير عناصر الضرر . استقلال محكمة الموضوع به . شرطه . أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٨٧ سنة ٦٥ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٢٤٢)

سلطتها فى اجراء التحقيق

١- عدم استجابة المحكمة لطلب احالة الدعوى إلى التحقيق متى وجدت فى الأوراق ما يكفى لتكوين عقيدتها . لا عيب .

(الطعن رقم ١٩٤ سنة ٦٤ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٠/١٩)

(٢٤٣)

٢- اجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم . لمحكمة الموضوع عدم

الاستجابة إليه دون بيان سبب الرفض .

(الطعن رقم ١٢٠ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(٢٤٤)

٣- طلب اجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم . لمحكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه طالما وجدت فى عناصر الدعوى ما يكفى لتكون عقيدتها النعى عليها فى ذلك . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٦٠ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢)

(٢٤٥)

٤- محكمة الموضوع . عدم التزامها باجابة طلب الاحالة إلى التحقيق متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكون عقيدتها فى موضوعها .

(الطعن رقم ١٦٦ سنة ٦٥ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢٢)

(٢٤٦)

سلطتها فى تقدير أقوال الشهود

تقدير أقوال الشهود . من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . أن يكون استخلاصها سائغاً لا يتجافى مع مدلول أقوالهم .

(الطعن رقم ٢٣٥ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٧/١٣)

(٢٤٧)

سلطتها فى العدول عن اجراءات الاثبات

محكمة الموضوع . حقها فى العدول عما أمرت به من اجراءات الاثبات شرطه . بيان أسبابه ما لم تكن هى التى أمرت باتخاذها من تلقاء نفسها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٥٩ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤)

(٢٤٨)

سلطتها فى اعادة الدعوى للمرافعة

١- اعادة الدعوى للمرافعة ليس حقاً للخصوم . استقلال محكمة الموضوع بتقديره . اغفالها الاشارة إليه بمثابة رفض ضمنى له .

(الطعن رقم ٣٦٠ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٨)

(٢٤٩)

٢- محكمة الموضوع . استقلالها بتقدير مدى الجد فى طلب اعادة الدعوى للمرافعة . شرطه . تمكين الخصوم من ابداء دفاعهم ومراعاة القواعد الأساسية التى تكفل عدالة التقاضى « مثال » .

(الطعن رقم ٦٤ سنة ٦٨ق « احوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٢/٨)

(٢٥٠)

سلطتها فى تحديد الموطن

تحديد المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة بما يتحقق به الموطن فى معنى المادة ٤٠ مدنى . من الأمور الواقعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع . شرطه .

(الطعن رقم ٣١٦ سنة ٦٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/١٥)

(٢٥١)

سلطتها فى تكييف الدعوى

محكمة الموضوع . التزامها باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح . عدم تقيدها بتكييف الخصوم لها . العبرة فى ذلك بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التى صيغت بها .

(الطعن رقم ١٧٥ سنة ٦٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١)

نظرية تنفيذ الأحكام الشرعية

- الأصـول الشـرعـيـة فـى تـنـفـيـذ أحـكـام الأحـوال الشـخـصية .
- الطبيعة القانونية والشرعية والدستورية لحبس المحكوم عليهم بالنفقات .
- قواعد التنفيذ المؤقت .
- إشكالات التنفيذ ، وإختصاص قاضى التنفيذ .

الباب الأول

الأصول الشرعية

فى تنفيذ أحكام الأحوال الشخصية

٤٠٣- غاية كل متداعى أن يحصل على حكم يستطيع بمقتضاه أن يتخذ إجراءات التنفيذ الجبرى ضد المحكوم عليه إذا لم يقم الأخير طواعية بتنفيذه .

ومتى توافرت للحكم شروط السند التنفيذى المشمولة بالصيغة التنفيذية ، كان له أن يشرع فى تنفيذه .

وللتنفيذ فى أصول المرافعات الشرعية (١) - شأنه فى ذلك اشأن الدعوى والإثبات - سمات مميزة ، وذاتية خاصة ، ذلك أن الجهات التى

---

(١) المراجع فى تنفيذ الأحكام الشرعية : شرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد - ص٤٨٨ وما بعدها ، والتنفيذ علماً وعملاً - للأستاذين قمحة والسيد - طبعة ١٩٢٧ . والوجيز فى قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ - للدكتور عبد العزيز بديوى - ط١ - ١٩٧٤ ، والمرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين - للقاضى أنور العمروسى - ص٤١٥ وما بعدها . وأحكام التنفيذ بطريق الإكراه البدنى للدكتور إيهاب حسن إسماعيل - المحاماة - السنة ٤٠ - العدد ٣- ص٦١٢ وما بعدها . والحكم بالحبس لدين النفقة للأستاذ فتحى عبد الصبور - المجموعة الرسمية - السنة ٦٠ - العدد ٣- ص٨٨٩ وما بعدها . وجريمة هجر العائلة - للدكتور حسن المرصفاوى - مجلة قضايا الحكومة - السنة ٨ - العدد ١- ١٩٦٤ ص١٠٨ وما بعدها . وجريمة هجر العائلة- للأستاذ فكرى أغا المحامى - المحاماة - السنة ٤١ - العدد ٤٠ - ص١٦٠٢ وما بعدها . ومدى سلطة النيابة فى تنفيذ أحكام الحبس - للأستاذ صلاح الدين عبد الوهاب - المحاماة - السنة ٣٤ - العدد ٢- ص١٨٢ وما بعدها . وسلطة النيابة فى تنفيذ أحكام الحبس - للأستاذ عادل عجينة المحامى - المحاماة - السنة ٣٤ - العدد ٢٠ - ص٥٦٢ ، وما بعدها. وإشكالات التنفيذ فى الأحكام الجنائية- للأستاذ فتحى عبد الصبور - المحاماة - السنة ٣٤ - العدد ١٠- ص١٦٢٠ وما بعدها .

تتولاه لا تكون خاضعة للمحاكم الشرعية ، لأن الأخيرة ليس لها جهاز محضرين كما هو الحال بالنسبة للمحاكم المدنية ، ولأن تنفيذ الأحكام الشرعية ، يعتمد فى أساسه على جهة الإدارة هذا بالنسبة لأداة التنفيذ .

أما بالنسبة لقواعد التنفيذ فقد أوردتها نصوص القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحبس المدين الذى أبى أن ينصف غرمائه هل يبيع عليه الحاكم فيقتسم على الغرماء أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه .

فيذهب الجمهور إلى أن الحاكم يبيع ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليئًا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف بديونه ويحجز عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعى .

بينما ذهب **أبو حنيفة** إلى الرأى المخالف، وكذا جماعة من أهل العراق.

ولكل من الرأيين حججه وأسانيده .

السمات المميزة لتنفيذ الأحكام الشرعية المنصوص عليها فى القانون رقم١ لسنة ٢٠٠٠ :

تنفيذ القانون الجديد وتنظيم شئون وأعمال المأذونين والموثقين :

نصت المادة الخامسة من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون الجديد ولوائح تنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال .

تحقيق النيابة العامة لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة :

نصت المادة ٢٣ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده ، وجب على المحكمة أن

تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد .

وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن .

وتلتلزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة مع عدم الإخلال بقرار سرية الحسابات بالبنوك .

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها .

ويجب على النيابة العامة أن تجرى التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يتجاوز ثلاثين يومًا من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها .

حكم المادة ٢٣ مستحدث أريد به تلافى العيوب الناجمة عن إجراء تحريات عن دخل المطالب بالنفقة عن طريق المباحث الذى كان يتولاه عادة (المخبرون) بعيداً عن الحقيقة والواقع .

قرارات أول درجة الواجبة النفاذ والغير واجبة النفاذ :

نصت المادة ٥٤ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن القرارات الصادرة من محكمة أول درجة الصادرة بصفة ابتدائية تكون واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها ما عدا تلك الصادرة فى المسائل الآتية :

١- الحساب ورفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية .

٢- رد الولاية وإعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة.

٣- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية .

٤- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتًا حتى يفصل فى الطعن .

تنفيذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق :

نصت المادة ٦٣ من اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن لا

تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ ايداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن .

وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل فى الموضوع .

وقبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ كان المأذون يعتد فقط بصدور حكم انتهائى بالتطليق (من محكمة الاستئناف) ليعقد زواج المطلقة على زوج آخر بعد انقضاء عدتها فى وقت يكون الزوج الأول قد طعن فى حكم التطليق بطريق النقض .

وتثور المشكلة حين يقضى بنقض الحكم فى وقت تكون المطلقة فيه قد أنجبت من زوجها الجديد فعالج القانون الجديد بنص سالف الذكر هذه المشكلة واستلزم أن يكون حكم التطليق باتاً .

الأحكام والقرارات الواجبة التنفيذ :

نصت المادة ٦٥ من اصدار القانون رقم١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة .

تنفيذ أحكام ضم الصغير جبراً :

نصت المادة ٦٦ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على جواز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا .

مكان رؤية الصغير :

نصت المادة ٦٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الحكم الصادر برؤية الصغير ينفذ فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية ، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه حكم الرؤية على مكان آخر .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير .

وضع الصيغة التنفيذية :

نصت المادة ٦٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

جهات التنفيذ وإجراءاته :

نصت المادة ٦٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قراراً باجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ، ومن يناط به ذلك .

قرار النيابة العامة بتسليم الصغير :

نصت المادة ٧٠ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء ، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك ، أن تصدر بعد اجراء التحقيق قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها .

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ، ويكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير .

هذا الحكم الذى يتضمنه النص مستحدث .

نظام تأمين الأسرة :

نصت المادة ٧١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على انشاء نظام من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى .

ويصدر بقواعد هذا النظام واجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

هذا الحكم مستحدث .

فى أداء بنك ناصر للنفقات :

نصت المادة ٧٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقاً للقواعد والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

قيام الوزارات والمصالح والهيئات بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها لحساب بنك ناصر الاجتماعى – نصت المادة ٧٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وادارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وايداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء أخر .

الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة :

نصت المادة ٧٨ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه لا يترتب على الاشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة ٧٧ وقف اجراءات التنفيذ .

الفصل الأول

التنفيذ بالطريق الإدارى

٤٠٤ – نصت المادة ٣٤ من اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه: بناء على إذن مسبب من القاضى من القاضى الجزئى – للنيابة العامة دخول المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ الإجراءات التحفظية المنصوص عليها فى هذا القانون ولها أن تندب لذلك بأمر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان أحد مأمورى الضبط القضائى كل ذلك بشرط أن يتجاوز المال المطلوب حمايته ٣٠٠٠ جنيه تتعدد بتعددهم . كما نصت المادة ٦٨ من اصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن على قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

كما نصت المادة ٦٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

ويصدر وزير العدل قراراً باجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ، ومن يناط به ذلك .

كيفية حصول التنفيذ بالطرق الإدارية :

جرت أحكامها على النحو التالى :

يجوز لكل من كان بيده حكم صادر من محكمة شرعية أصدرته وهى تملك هذا الإختصاص أن يطلب تنفيذه بالطرق الإدارية تحت مسئوليته ، وذلك بأن يقدم إلى الجهات المبينة فيما بعد طلبا محرراً على الإستمارة الخاصة بذلك .

ويبدأ التنفيذ على النقود الموجودة عيناً ، ثم على المنقولات ، ثم على العقار فى حالة عدم وجود منقولات .

بمراعاة المشرع هذا الترتيب خفف من ضرر بالمدين ، ولم يلحق غبناً بالدائن .

ويقدم طلب التنفيذ وفقاً للقواعد الآتية :

١- بالنسبة للمنقولات « والنقود بطبيعة الحال» - يقدم الطلب إلى محافظ الجهة الكائن بها محل إقامة المدين إذا كان مقيماً فى دائرة إختصاص محافظة ، وإلى مأمور المركز ، إذا كان المدين مقيماً فى إحدى البلاد التابعة له ما عدا بندر المديرية « أى العاصمة » فتكون إجراءات التنفيذ فيه من إختصاص المديرية « المحافظة الآن » .

٢- وبالنسبة للعقار - يقدم الطلب إلى المحافظة إذا كان العقار المطلوب الحجز عليه كائناً بدائرة إختصاص محافظة وإلى مأمور المركز إذا كان العقار واقعًا فى إحدى البلاد التابعة له ما عدا العقار الموجود فى بندر المديرية ، فتكون إجراءات التنفيذ عليه من إختصاص المديرية .

ويشتمل الطلب على إسم ولقب وصنعة ومحل إقامة كل من الطالب والمدين والمحل الكائنة به المنقولات المقتضى الحجز عليها إذا كان القصد التنفيذ على المنقولات ، أو حدود العقار ، وكل بيان من شأنه تعيين العقار تعييناً تاماً - لكى يتيسر نشر البيانات الكافية عنه فى إعلانات البيع ليحاط الجمهور علماً بحقيقة العقار المعروض للبيع - إذا كان القصد التنفيذ على عقار ، وكذلك مقدار المبالغ المستحقة بالضبط فى يوم تقديم الطلب ، حذراً من أن يقع الحجز على أكثر مما يقتضيه الدين .

ويرفق بالطلب صورة من الحكم المقتضى تنفيذه وعليها الصيغة التنفيذية التى نصت عليها المادة ٦٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وهى :

يجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو بإستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك طبقاً لنصوص المادة ٦٩ من القانون رقم لسنة ٢٠٠٠ .

ويرفق بالصورة التنفيذية كذلك صورة بسيطة من ذلك الحكم بعد ما يلزم إعلانه من الإعلانات (إذا لم يكن قد سبق إعلان الحكم ، فإذا كان قد

سبق إعلانه للمحكوم عليهم فلا داعى لإرفاق صورة بسيطة هو الحكم المنفذ به) .

وفى حالة ما إذا كان التنفيذ على عقار فإنه يرفق علاوة على ذلك شهادة مستخرجة من قلم الرهون - فإذا دلت هذه الشهادة على خلو العقار المنفذ عليه من الحقوق العينية جاز التنفيذ بواسطة جهة الإدارة، وإلا كان على صاحب الشأن (الدائن المنفذ) أن يباشر التنفيذ أمام الجهة القضائية المختصة .

فإذا تقدم طالب التنفيذ بطلبه بالكيفية السابقة فقد تعين على جهة الإدارة المختصة أن تصدر أمراً بالشروع فى التنفيذ وأن تعين أحد المعاونين لذلك ويدون فى ذيل إستمارة التنفيذ بما يفيده . ويسلم المعاون المكلف بالتنفيذ صورة الحكم المقتضى تنفيذه إلى المدين ، وينبه عليه بدفع المبالغ المطلوبة منه .

وإذا توقف المدين عن الدفع يشرع المعاون على الفور فى توقيع الحجز، ويثبت فى المحضر حصول الإعلان والتنبيه المشار إليهما .

والغالب فى العمل أن يتم حجز المنقولات بواسطة قلم المحضرين .

الفصل الثانى

التنفيذ بطريق حجز المنقول

٤٠٥- بينت المواد من ٣٥٣ إلى ٣٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل طبقًا لآخر تعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ قواعد التنفيذ بطريق حجز المنقول ، وهذه القواعد كما يلى :

توقيع الحجز :

٤٠٦- **مادة ٣٥٣ :** يجرى الحجز بموجب محضر يحرر فى مكان توقيعه وإلا كان باطلاً فى أوراق المحضرين على ما يأتى :

١- ذكر السند التنفيذى .

٢- الموطن المختار الذى اتخذه الحاجز فى البلدة التى بها مقر محكمة المواد الجزئية الواقع فى دائرتها الحجز .

٣- مكان الحجز وما قد لقيه من العقبات والاعتراضات أثناء الحجز وما اتخذه فى شأنها .

٤- مفردات الأشياء المحجوز بالتفصيل مع ذكر نوعها وأوصافها ومقدارها ووزنها أو مقاسها وبيان قيمتها بالتقريب .

٥- تحديد يوم للبيع وساعته والمكان الذى يجرى فيه .

ويجب أن يوقع محضر كل من المحضر والمدين أن كان حاضراً ولا يعتبر مجرد توقيع المدين رضاء منه بالحكم .

مادة ٣٥٤ : لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً .

ويجب أن يبين فى المحضر بالدقة موضع الأرض واسم الحوض ورقم القطعة ومساحتها وحدودها ونوع المزروعات أو نوع الأشجار وعددها وما ينتظر أن يحصد أو يجنى أو ينتج منها وقيمته على وجه التقريب .

مادة ٣٥٥ : لا يجوز توقيع الحجز فى حضور طالب التنفيذ .

مادة ٣٥٦ : لا يجوز للمحضر كسر الأبواب أو فض الأقفال بالقوة لتوقيع الحجز إلا بحضور أحد مأموري الضبط القضائي ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحجز وإلا كان باطلاً . ولا يجوز للمحضر أن يجري تفتيش المدين لتوقيع الحجز على ما في جيبه إلا بإذن سابق من قاضي التنفيذ ..

مادة ٣٥٧ : لا يقتضي الحجز نقل الأشياء المحجوزة من موضعها .

مادة ٣٥٨ : إذا كان الحجز على مصوغات أو سبائك من ذهب أو فضة أو من معدن نفيس آخر أو على مجوهرات أو أحجار كريمة فتوزن وتبين أوصافها بالدقة في محضر الحجز .

وتقوم هذه الأشياء بمعرفة خبير يعينه قاضي التنفيذ التابع له مكان التنفيذ بناء على طلب المحضر .

ويجوز بهذه الطريقة تقويم الأشياء الفنية الأخرى بناء على طلب الحاجز أو المحجوز عليه .

وفي الأحوال يرفق تقرير الخبير بمحضر الحجز .

ويجب إذا اقتضى الحال نقلها لوزنها أو تقويمها أن توضع في حرز مختوم وأن يذكر ذلك في المحضر مع وصف الأختام .

مادة ٣٥٩ : إذا وقع الحجز على نقود أو عملة ورقية وجب على المحضر أن يبين اوصافها ومقدارها في المحضر ويودعها خزانة المحكمة .

مادة ٣٦٠ : إذا لم يتم الحجز في يوم واحد جاز إتمامه في يوم أو أيام تالية بشرط أن تتابع وعلى المحضر أن يتخذ ما يلزم للمحافظة على الأشياء المحجوزة والمطلوب حجزها إلى أن يتم المحضر ويجب التوقيع على المحضر كلما توقفت إجراءات الحجز .

ومع ذلك إذا اقتضى الحال استمرار المحضر في إجراءات الحجز بعد المواعيد المقررة في المادة ٧ من هذا القانون أو في أيام العطلات الرسمية جاز له إتمام محضره دون حاجة إلى إذن من القضاء .

مادة ٣٦١ : تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس .

مادة ٣٦٢ : إذا حصل الحجز بحضور المدين أو فى موطنه ، تسلم له صورة من المحضر على الوجه المبيّن فى المادة ١٠ فإن كان الحجز قد حصل فى غير موطنه وفى وجوب إعلانه بالمحضر فى اليوم التالى على الأكثر .

مادة ٣٦٣ : يجب على المحضر عقب إقفال محضر مباشرة أن يُلصق على باب المكان الذى وجد به الأشياء المحجوزة وعلى باب العمدة أو الشيخ أو المقر الإدارى التابع له المكان وفى اللوحة المعدة لذلك بمحكمة المواد الجزئية إعلانات موقعاً عليها منه يبين فيها يوم البيع وساعته ونوع الأشياء المحجوزة ووصفها بالإجمال ويذكر حصول ذلك فى محضر يلحق بمحضر الحجز .

مادة ٣٦٤ : يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر . ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك إلا إذا خيف التبديد وكان لذلك أسباب معقولة تذكر فى المحضر .

ولا يجوز أن يكون الحارس ممن يعملون فى خدمة الحاجز أو المحضر ولا أن يكون زوجاً أو قريباً أو صهر لأيهما إلى الدرجة الرابعة .

مادة ٤٦٥ (١): إذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة ولا يعتد برفضه إياها ، أما لم يكن حاضراً وجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى التنفيذ ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز ، أو المحضر ، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة ، الحراسة مؤقتاً .

مادة ٤٦٦ (٢): يوقع الحارس علي محضر الحجز وتسلم له صورة منه فإن امتنع عن التوقيع على محضر الحجز أو رفض استلام صورته

---

(١) مادة ٣٦٥ مستبدلة بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ .

(٢) مادة ٣٦٦ مستبدلة بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ .

وجب على المحضر أن يسلم صورة محضر الحجز في اليوم ذاته إلى جهة الإدارة وأن يخطر الحارس بذلك خلال أربع وعشرين ساعة بكتاب مسجل ، وعلى المحضر إثبات كل ذلك في المحضر .

مادة ٣٦٧ : يستحق الحارس غير المدين أو الحائز أجراً عن حراسته ويكون لهذا الأجر امتياز المصروفات القضائية على المنقولات المحجوز عليها.

ويقدر أجر الحارس بأمر يصدره قاضي التنفيذ بناء على عريضة تقدم إليه .

مادة ٣٦٨ : لا يجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يغيرها وإلا حرم الحراسة فضلاً عن الزامه بالتعويضات . إنما يجوز إذا كان مالكاً لها أو صاحب حق في الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له .

وإذا كان الحجز على ماشية أوعروض أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مشغل أو مؤسسة جاز لقاضي التنفيذ بناء على طلب به حارساً آخر يقوم بذلك .

مادة ٣٦٩ : لا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضي التنفيذ بميعاد يوم واحد يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر المحضر الأشياء عند تسلم الحارس الجديد مهمته ويثبت هذا الجرد في محضر يوقع عليه هذا الحارس ويسلم صورة منه .

مادة ٣٧٠ : يجوز طلب الإذن بالجني أو الحصاد من قاضي التنفيذ بعريضة تقدم إليه من الحارس أو من أحد ذوي الشأن .

مادة ٣٧١ : إذا انتقل المحضر لتوقيع الحجز على الأشياء كان قد سبق حجزها وجب على الحارس عليها أن يبرز له صورة محضر الحجز ويقدم الأشياء المحجوزة ، وعلى المحضر أن يجرد هذه الأشياء في محضر ويحجز على ما لم يسبق حجزه ويجعل حارس الحجز الأول حارساً عليها ان كانت في نفس المحل .

ويعلن هذا المحضر خلال اليوم التالى على الأكثر إلى الحاجز الأول والمدين والحارس إذا لم يكن حاضراً والمحضر الذى أوقع الحجز الأول .
ويترتب على هذا الإعلان بقاء الحجز بمصلحة الحجز الثانى ولو نزل عنه الحاجز الأول كما يعتبر حجزاً تحت يد المحضر على المبالغ المتحصلة من البيع .

مادة ٣٧٢ : إذا وقع الحجز على المنقولات باطلاً فلا يؤثر ذلك على الحجوز اللاحقة على نفس المنقولات إذا وقعت صحيحة فى ذاتها .

مادة ٣٧٣ : يعاقب الحارس بعقوبة التبديد إذا تعمد عدم إبراز صورة محضر الحجز السابق للمحضر وترتب على ذلك الأضرار بأى من الحاجزين .

مادة ٣٧٤ : للدائن الذى ليس بيده سند تنفيذى أن يحجز تحت يد المحضر على الثمن المتحصل من البيع بغير حاجة إلى طلب الحكم بصحة الحجز .

إجراء البيع :

٤٠٧- مادة ٣٧٥ : يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال أو بحكم المحكمة أو مقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ الاتفاق .

ولقاضى التنفيذ عند الاقتضاء أن يأمر بمد الميعاد لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر .

مادة ٣٧٦ : لا يجوز إجراء البيع إلا بعد مضى ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم صورة محضر الحجز للمدين أو إعلانه به ولا يجوز إجراؤه إلا بعد مضى يوم على الأقل من تاريخ إتمام إجراءات اللصق والنشر .

ومع ذلك إذا كانت الأشياء المحجوزة عرضة للتلف أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار فلقاضى التنفيذ أن يأمر بإجراء البيع من ساعة لساعة بناء على عريضة تقدم من الحارس أو أحد ذوى الشأن .

مادة ٣٧٧ : يجرى البيع فى المكان الذى توجد فيه الأشياء المحجوزة أو فى أقرب سوق . ولقاضى التنفيذ مع ذلك أن يأمر بإجراء البيع – بعد الإعلان عنه – فى مكان آخر بناء على عريضة تقدم له من أحد ذوى الشأن.

مادة ٣٧٨ (١): إذا كان قيمة الأشياء المطلوبة بيعها بحسب ما هى مقدرة به فى محضر الحجز تزيد على عشرة آلاف جنيه وجب الإعلان عن البيع بالنشر فى إحدى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية ويذكر فى الإعلان يوم البيع وساعته ومكانه ونوع الأشياء المحجوزة ووصفها بالإجمال .

ويجوز للدائن الحاجز أو المدين المحجوز عليه ، إذا كان المبلغ المطلوب يزيد على خمسة آلاف جنيه ، أن يطلب من قلم الكتاب النشر على نفقته الخاصة .

مادة ٣٧٩ : لكل من الحاجز والمحجوز عليه فى جميع الأحوال أن يطلب بعريضة تقدم لقاضى التنفيذ لصق عدد أكبر من الإعلانات أو زيادة النشر فى الصحف أو غيرها من وسائل الإعلان أو بيان الأشياء المطلوب بيعها فى الإعلانات بالتفصيل .

مادة ٣٨٠ (٢): يجب قبل بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت القيمة المقدرة لها على عشرين ألف جنيه أن يحصل الإعلان عن البيع بالنشر فى إحدى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية قبل يوم البيع .

مادة ٣٨١ : يجوز أن يعهد إلى رجال الإدارة المحليين بلصق الإعلانات فيما عدا ما يجب وضعه منها فى لوحة المحكمة .

---

(١) سبق استبدال المادة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ – الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١ – استبدلت الفقرة الثانية بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ – الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٧ مايو سنة ١٩٩ .

(٢) سبق تعديل المادة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ – الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١ – عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ – الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ .

مادة ٣٨٢ : يثبت اللصق بشهادة من المحضر أو من رجال الإدارة مصحوبة بنسخة من الإعلان ويثبت النشر بتقديم نسخة من الصحيفة أو شهادة من جهة الإعلام .

مادة ٣٨٣ : إذا لم يحصل البيع فى اليوم المعيّن فى محضر الحجز أعيد اللصق والنشر على الوجه المبيّن فى المواد السابقة وأعلن المحجوز عليه بالشهادة المثبتة للصق قبل البيع بيوم واحد على الأقل .

مادة ٣٨٤ : يجرى البيع بالمزاد العلنى بمناداة المحضر بشرط دفع الثمن فوراً .

ويجب ألا يبدأ المحضر فى البيع إلا بعد أن تجرد الأشياء المحجوزة ويحرر محضراً بذلك يبين فيه ما يكون قد نقص منها .

مادة ٣٨٥ : لا يجوز بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة بثمن أقل من قيمتها الذاتية بحسب تقدير أهل الخبرة . فإن لم يتقدم أحد لشرائها حفظت فى خزانة المحكمة كما تحفظ النقود ليوفى منها عيناً دين الحاجز وديون غيره من الدائنين .

مادة ٣٨٦ : إذا لم يتقدم أحد لشراء الحلى والمجوهرات والأحجار الكريمة والأشياء المقومة امتد أجل بيعها إلى اليوم التالى إذا لم يكن يوم عطلة فإذا لم يتقدم بالقيمة المقدرة أجل البيع إلى يوم آخر وأعيد النشر واللصق على الوجه فى المواد السابقة وعندئذ تباع لمن يرسو عليه المزاد ولو بثمن أقل مما قومت به .

مادة ٣٨٧ : الأشياء التى لم تقوم يؤجل بيعها لليوم التالى إن لم يتقدم أحد للشراء ولم يقبل الحاجز أخذها استيفاء لدينه بالقيمة التى يقدرها أهل خبرة يعينه المحضر ويذكر اسمه فى محضر البيع .

مادة ٣٨٨ : يكفى لإعلان استمرار البيع أو تأجيله أن يذكر المحضر ذلك علانية ويثبته فى محضر البيع .

مادة ٣٨٩ : إن لم يدفع الراسى عليه المزاد الثمن فوراً وجبت إعادة البيع على ذمته بالطريق المتقدمة بأى ثمن كان ويعتبر محضر البيع سنداً تنفيذاً بفرق الثمن بالنسبة إليه .

ويكون المحضر ملزماً بالثمن إن لم يستوفه من المشترى فوراً ولم يبادر بإعادة البيع على ذمته ويعتبر محضر البيع سنداً تنفيذياً بالنسبة إليه كذلك .

مادة ٣٩٠ : يكف المحضر عن المضى فى البيع إذا نتج منه مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوز من أجلها هى والمصاريف ، وما يوقع بعد ذلك من الحجوز تحت يد المحضر أو غيره من يكون تحت يده الثمن يتناول إلى ما زاد على وفاء ما ذكر .

مادة ٣٩١ : يشتمل محضر البيع على ذكر جميع إجراءات البيع وما لقيه المحضر أثناءها من الاعتراضات والعقبات وما اتخذه فى شأنها وحضور المحجوز عليه أو غيابه والثمن الذى رسا به المزاد وعلى اسم من رسا عليه وتوقيعه .

مادة ٣٩٢ : إذا لم يطلب الدائن المباشر للإجراءات البيع فى التاريخ المحدد فى محضر الحجز جاز للحاجزين الآخرين طبقاً للمادة ٣٧١ أن يطلبوا إجراء البيع بعد اتخاذ إجراءات اللصق والنشر المنصوص عليها وإلى الدائن الذى كان يباشر الإجراءات وذلك قبل يوم واحد على الأقل .

دعوى الإسترداد :

٤٠٨ – مادة ٣٩٣ : إذا رفعت دعوى إسترداد الأشياء المحجوزة وجب وقف البيع إذا حكم قاضى التنفيذ بشرط إيداع الثمن أو بدونه .

مادة ٣٩٤ : يجب أن ترفع دعوى الإسترداد على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين وأن تشتمل صحيفتها على بيان واف لأدلة الملكية ويجب على المدعى أن يودع عند تقديم الصحيفة لقلم الكتاب ما لديه من المستندات وإلا وجب الحكم بناء على طلب الحاجز بالاستمرار فى التنفيذ دون انتظار الفصل فى الدعوى ولا يجوز الطعن فى هذا الحكم.

مادة ٣٩٥ : يحق للحاجز أن يمضى فى التنفيذ إذا حكمت المحكمة بشطب الدعوى أو بوقفها عملاً بالمادة ٩٩ أو إذا اعتبرت كأن لم تكن أو حكم باعتبارها كذلك كما يحق له أن يمضى فى التنفيذ إذا حكم فى

الدعوى برفضها أو بعدم قبولها أو ببطلان صحيفتها أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها ولو كان هذا الحكم قابلاً للاستئناف .

مادة ٣٩٦ : إذا رفعت دعوى استرداد ثانية من مسترد آخر أو كان قد سبق رفعها من المسترد نفسه واعتبرت كأن لم تكن أو حكم باعتبارها كذلك أو شطبها أو بعدم قبولها أو بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان حكم قاضي التنفيذ بوقفه لأسباب هامة .

مادة ٣٩٧ : إذا خسر المسترد دعواه جاز الحكم عليه بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن أربعمائة جنيه تمنح كلها أو بعضها للدائن وذلك مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها وجه (١).

---

(١) سبق تعديل المادة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر في ١٩٩٢/٦/١ - عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ . وذلك بزيادة مقدار الغرامة بالمثل .

الفصل الثالث

التنفيذ بطريق حجز العقار

٤٠٩- التنبيه بنزع ملكية العقار وإنذار الحائز وتسجيلها :

مادة ٤٠١ : يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه مشتملاً على البيانات الآتية :

١- بيان نوع السند التنفيذى وتاريخه ومقدار الدين المطلوب الوفاء به وتاريخ إعلان السند .

٢- اعذار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه ويباع عليه العقار جبراً .

٣- وصف العقار مع بيان موقعة ومساحته وحدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض وأرقامها التى يقع فيها وغير ذلك مما يفيد فى تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقارى .

وللدائن أن يستصدر بعريضة أمر بالترخيص للمحضر بدخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشتملاته . وله أن يستصحب من يعاونه فى ذلك ولا يجوز التظلم من هذا الأمر .

٤- تعيين موطن مختار للدائن المباشر للإجراءات فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ .

وإذا لم تشتمل ورقة التنبيه على البيانين ١ ، ٣ من هذه المادة كانت باطلة .

فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ .

مادة ٤٠٢ : يسجل تنبيه نزع الملكية فى مكتب من مكاتب الشهر التى تقع فى دائرتها العقارات المبينة فى التنبيه .

وإذا تبيّن سبق تسجيل تنبيه آخر فلا يجوز المضى فى الإجراءات

على سبيل التعدد على العقار الواحد وتكون الأولوية فى المضى فى الإجراءات لمن أعلن التنبيه الأسبق فى التسجيل .

ومع ذلك يجوز لمن أعلن تنبيهاً لاحقاً فى التسجيل أن يطلب من قاضى التنفيذ أن يأذن له فى الحلول محله فى السير بالإجراءات .

مادة ٤٠٣ : إذا تبيّن سبق تسجيل تنبيه عن العقار ذاته قام مكتب الشهر بالتأشير بالتنبيه الجديد على هامش تسجيل التنبيه الأول مبيناً تاريخ التنبيه الجديد واسم من أعلنه وسند تنفيذه وأشر كذلك على أصل التنبيه الجديد بعد تسجيله بما يفيد وجود التنبيه الأول وبتاريخ تسجيله واسم من أعلنه وسند تنفيذه .

ويحصل التأشير بأمر القاضى بالحلول على هامش تسجيل التنبيه السابق والتنبيه اللاحق وذلك بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر.

مادة ٤٠٤ : يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً .

مادة ٤٠٥ : لا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

مادة ٤٠٦ : تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة .

ولكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائن أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها .

وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة .

مادة ٤٠٧ : إذا لم يكن العقار مؤجراً اعتبر المدين حارساً أو بتحديد سلطته، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى .

وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكناً فيه بدون أجرة إلى أن يتم البيع .

وإذا كان العقار مؤجراً اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين .

وإذا وفّى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارساً .

مادة ٤٠٨ : مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى فى شأن إيجار العقارات تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ فى حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة .

مادة ٤٠٩ : المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة .

مادة ٤١٠ : تطبق العقوبات المنصوص عليها فى المواد ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٦١ من قانون العقوبات على المدين إذا اختلس الثمرات أو الإيرادات التى تلحق بالعقار المحجوز أو إذا أتلف هذا العقار أو أتلف الثمرات .

مادة ٤١١ : إذا كان العقار مثقلاً بتأمين عينى وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليته العقار وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته .

ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ إليه وإلا كان باطلاً .

ويترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ .

مادة ٤١٢ : يجب أن يسجل الإنذار وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه .

مادة ٤١٣ : إذا تبيّن سبق تسجيل إنذار للحائز على العقار ذاته طبقت أحكام المادتين ٤٠٢ ، ٤٠٣ وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعًا له تسجيل الإنذار .

قائمة شروط البيع والاعتراض عليها :

٤١٠ – مادة ٤١٤ : يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن .

ويجب أن تشتمل تلك القائمة على البيانات الآتية :

١– بيان السند التنفيذى الذى حصل التنبيه بمقتضاه .

٢– تاريخ التنبيه وتاريخ إنذار الحائز إن وجد ورقمى تسجيلها وتاريخه.

٣– تعين العقارات المبينة فى التنبيه مع بيان موقعها وحدودها ومساحتها ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك من البيانات التى تفيد فى تعينها .

٤– شروط البيع والثمن الأساسى .

٥– تجزئة العقار إلى صفقات إن كان لذلك محل مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة .

ويحدد فى محضر الإيداع تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة البيع .

مادة ٤١٥ : ترفق بقائمة شروط البيع المستندات الآتية :

١– شهادة بيان الضريبة العقارية أو عوائد المبانى المقررة على العقار المحجوز .

٢– السند الذى يباشر التنفيذ بمقتضاه .

٣- التنبيه بنزع الملكية .

٤- إنذار الحائز .

٥- شهادة عقارية بالقيود لغاية تسجيل التنبيه وذلك عن مدة عشر سنوات سابقة .

مـــادة ٤١٦ : إذا استحق المبيع كان للمشترى الرجوع بالثمن وبالتعويضات إن كان لها وجه ، ولا يجوز أن تتضمن قائمة شروط البيع الإعفاء من رد الثمن .

مادة ٤١٧(١): يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والكفيل العينى والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه ويكون الاختبار عند وفاة أحد هؤلاء الدائنين لورثته جملة فى الموطن المعيّن فى القيد .

وعلى المحضر الذى قام بإعلان ورقة الإخبار وإخطار مكتب الشهر بحصوله خلال ثمانية الأيام التالية وذلك للتأشير به على هامش تسجيل التنبيه ويصبح الدائنون المشار إليهم فى الفقرة السابقة طرفًا فى الإجراءات من تاريخ هذا التأشير .

ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيرات المتعلقة بالإجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم .

مادة ٤١٨(٢): تشمل ورقة الإخبار على البيانات الآتية :

١- تاريخ إيداع قائمة شروط البيع .

٢- تعيين العقارات المحجوزة على وجه الإجمال .

٣- بيان الثمن الأساسى المحدد لكل صفقة .

---

(١) معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١.

(٢) معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٩٢/٦/١ .

٤- تاريخ الجلسة المحددة للنظر فيما يحتمل تقديمه من الاعتراضات على القائمة وبيان ساعة انعقادها وتاريخ جلسة البيع وساعة انعقادها فى حالة عدم تقديم اعتراضات على القائمة .

٥- إنذار المعلن إليه بالاطلاع على القائمة وإبداء ما قد يكون لديه من أوجه البطلان أو الملاحظات بطريق الاعتراض عليها قبل الجلسات المشار إليها فى الفقرة السابقة بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقه فى ذلك .

وكذلك تشتمل ورقة الإخبار على إنذار بائع العقار أو المقايض به بسقوط حقه فى فسخ البيع أو المقايضة إذا لم تتبع أحكام المادة ٤٢٥ .

مــادة ٤١٩ : تحدد فى محضر إيداع قائمة شروط البيع لنظر الاعتراضات أول جلسة تحل بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ انقضاء الميعاد المشار إليه فى المادة ٤١٧ ، ولا تقل المدة بين هذه الجلسة وجلسة البيع عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً ، فإذا لم تبد اعتراضات اعتبر تحديد أولى هاتين الجلستين كأن لم تكن وسير فى إجراءات الإعلان عن البيع .

مادة ٤٢٠ : يترتب البطلان على مخالفة أحكام المواد ٤١٤ ، ٤١٦ ، ٤١٨ .

مــادة ٤٢١ : يعلن قلم الكتاب عن ايداع القائمة النشر فى إحدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية وبالتعليق فى اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة وذلك خلال ثمانية الأيام التالية لآخر إخبار بإيداع القائمة .

ويودع محضر التعليق ونسخة من الصحيفة ملف التنفيذ فى ثمانية الأيام التالية للإعلان عن الإيداع .

ولكل شخص أن يطلع على قائمة شروط البيع فى قلم الكتاب دون أن ينقلها منها .

مادة ٤٢٢ : أوجه البطلان فى الإجراءات السابقة عن الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات وكذلك جميع الملاحظات على شروط البيع يجب على المدين والحائز والكفيل العينى والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧

ابداؤها بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وذلك بالتقرير بها فى قلم كتاب محكمة التنفيذ قبل الجلسة المشار إليها بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقهم فى التمسك بها .

ولكل ذى مصلحة غير من ورد ذكرهم فى الفقرة السابقة إبداء ما لديه من أوجه البطلان أو من الملاحظات بطريقة الاعتراض على القائمة أو بطريق التدخل عند نظر الاعتراض .

مادة ٣٢٣ : إذا كان التنفيذ على حصة شائعة فى عقار فلكل دائن ذى حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها تلك الحصة الشائعة أن يعرض رغبته فى التنفيذ على تلك الأعيان المفرزة ويطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصة .

ويحدد الحكم القاضى بوقف الإجراءات المدة التى يجب أن تبدأ خلالها إجراءات التنفيذ على الأعيان المفرزة .

مادة ٣٢٤ : لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العينى أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المعينة فى التنبيه إذا أثبت أن قيمة العقار الذى تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفى للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفاً فيها وفقاً لأحكام المادة ٤١٧ ويعين الحكم الصادر فى هذا الاعتراض العقارات التى تقف الإجراءات مؤقتاً بالنسبة إليها . ولكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمضى فى التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكف ثمن ما بيع للوفاء بحقه .

ويجوز كذلك للمدين أن يطلب بالطريق ذاته تأجيل إجراءات بيع العقار إذا أثبت أن صافى ما تغله أمواله فى سنة واحدة يكفى لوفاء حقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفاً فى الإجراءات ، ويعين الحكم الصادر بالتأجيل الموعد الذى تبدأ فيه إجراءات البيع فى حالة عدم الوفاء مراعياً فى ذلك المهلة اللازمة للمدين ليستطيع وفاء هذه الديون .

ويجوز إبداء الطلبات المتقدمة إذا طرأت ظروف تبرر ذلك فى أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء .

مـادة ٤٢٥ : علـى بائـع العـقـار أو المـقـايض به إذا أراد أثـناء إجـراءات التـنفيـذ رفـع دعـوى الفـسخ لعـدم دفـع الثـمن أو الـفرق أن يرفـعـها بالـطرق المعـتادة ويدون ذلك فـى قائمة شـروط البيع قـبل الجلسـة المـحددة لـلنظر فى الاعـتراضـات بثـلاثـة أيام علـى الأقل ، وإلا سـقـط حـقـه فـى الاحـتـجاج بالفسخ على من حكم بإيقاع البيع عليه .

وإذا رفـعت دعوى الـفسخ وأثـبت ذلك فى ذيـل قائـمة شـروط البيـع فى الميعاد المشار إليه فى الفقرة السابقة وقفت إجراءات التنفيذ على العقار .

إجـراءات البيـع :

٤١١- مـادة ٤٢٦ : للدائن الذى يـباشـر الإجراءات ولكـل دائن أصبح طرفاً فيها وفـقاً للمادة ٤١٧ أن يـستـصدر أمـراً من قاضـى التـنـفيذ بتـحـديد جلسـة لـلبيع ويصـدر القـاضي أمـره بعـد التـحـقـق من الفـصل فى جـمـيع الاعـتراضـات المقدمـة فى المـيعاد بأحكام واجبـة النفاذ وبعد التـحـقق من أن الحكم المنفذ به أصبح نهائياً .

ويـخـبـر قـلـم الـكـتـاب بخـطـاب مـسـجـل مـصـحـوب بـعـلـم الـوصـول الأشـخاص الـوارد ذكرهم فى المادة ٤١٧ بتـاريخ جلسـة البيـع ومكانه وذلك قبل الجلسة بثمانية أيام على الأقل .

مادة ٤٢٧ : يحصل البيع فى المـحكمـة ، ويجوز لمن يباشـر الإجراءات والمدين والحائز والكفـيل العينـى وكل ذى مصلحـة أن يستـصـدر إذناً من قاضى التنفيذ بإجراء البيع فى نفس العقار أو فى مكان غيره .

مادة ٤٢٨ : يعلن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المـحدد لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يومـاً ولا تقل عن خـمـسـة عـشـر يومـاً وذلك بلـصـق إعلانات تشتمل على البيانات الآتية :

١- اسـم كـل من باشـر الإجراءات والـمديـن والـحـائز والـكـفـيل الـعـينى ولقبه ومهنته وموطنه أو الموطن المـختار .

٢- بيان العقار وفق ما ورد فى قائمة شروط البيع

٣- تاريخ مـحضـر إيداع قائمة شروط البيع .

٤- الثمن الأساسى لكل صـفقة .

٥- بيان المحكمة أو المكان الذى يكون فيه البيع وبيان يوم المزايدة وساعتها .

مادة ٤٢٩ : تلصق الإعلانات فى الأمكنة الآتى بيانها :

١- باب كل عقار من العقارات المطلوب بيعها إذا كانت مسورة أو كانت من المبانى .

٢- باب مقر العمدة فى القرية التى تقع فيها الأعيان والباب الرئيسى للمركز أو القسم الذى تقع الأعيان فى دائرته .

٣- اللوحة المعدة للإعلانات بمحكمة التنفيذ .

وإذا تناول عقارات تقع فى دوائر محاكم أخرى تلصق الإعلانات أيضاً فى لوحات هذه المحاكم .

ويثبت المحضر فى ظهر إحدى صور الإعلان أنه أجرى اللصق فى الأمكنة المتقدمة الذكر ويقدم هذه الصورة لقلم الكتاب لإيداعها ملف التنفيذ.

مادة ٤٣٠ : يقوم قلم الكتاب فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٤٢٨ بنشر نص الإعلان عن البيع فى إحدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية ولا يذكر فى هذا الإعلان حدود العقار .

وتودع ملف التنفيذ نسخة من الصحيفة التى حصل فيها النشر مؤشر عليها من قلم الكتاب بتاريخ تقديمها إليه .

مادة ٤٣١ : يجوز للحاجز والمدين الحائز والكفيل العينى وكل ذى مصلحة أن يستصدر إذناً من قاضى التنفيذ بنشر إعلانات أخرى عن البيع فى الصحف وغيرها من وسائل الإعلام أو بلصق عدد آخر من الإعلانات بسبب أهمية العقار أو طبيعته أو لغير ذلك من الظروف ولا يترتب على طلب زيادة النشر تأخير البيع بأى حال ويجوز كذلك عند الاقتضاء الاقتصار فى الإعلان عن البيع بإذن من القاضى .

ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بزيادة الإعلان أو نقصه .

مادة ٤٣٢ : يجب على ذوى الشأن إبداء أوجه البطلان فى الإعلان بتقرير فى قلم الكتاب قبل الجلسة المحددة للبيع بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط الحق فيه .

ويحكم قاضى التنفيذ فى أوجه البطلان فى اليوم المحدد للبيع قبل افتتاح المزايدة ولا يقبل الطعن فى حكمه بأى طريق .

وإذا حكم ببطلان إجراءات الإعلان أجل القاضى البيع إلى يوم يحدده وأمر بإعادة هذه الإجراءات .

وإذا حكم برفض طلب البطلان أمر القاضى بإجراء المزايدة على الفور.

مادة ٤٣٣ : إذا أمر قاضى التنفيذ بتأجيل البيع وإعادة الإعلان وفقاً للمادة السابقة تكون مصاريف إعادة الإجراءات فى هذه الحالة على حساب كاتب المحكمة أو المحضر المتسبب فيها حسب الأحوال .

مادة ٤٣٤ : يقدر قاضى التنفيذ مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها مقابل أتعاب المحاماة ويعلن هذا التقدير فى الجلسة قبل افتتاح المزايدة ويذكر فى حكم إيقاع البيع .

وتجوز المطالبة بأكثر مما ورد فى أمر تقدير المصاريف ولا يصح على أية صورة اشتراط ما يخالف ذلك .

مادة ٤٣٥ : يتولى قاضى التنفيذ فى اليوم المعيّن للبيع إجراء المزايدة بناء على طلب من يباشر التنفيذ أو المدين أو الحائز أو الكفيل العينى أو أى دائن أصبح طرفًا فى الإجراءات وفقاً للمادة ٤١٧ ، وذلك بعد التحقق من إعلانها بإيداع قائمة شروط البيع وبجلسة البيع .

وإذا جرت المزايدة بدون طلب أحد من هؤلاء كان البيع باطلاً .

مادة ٤٣٦ : يجوز تأجيل المزايدة بذات الثمن الأساسى بناء على طلب كل ذى مصلحة إذا كان للتأجيل أسباب قوية ، ولا يجوز الطعن بأى طريق فى الحكم الصادر فى طلب تأجيل البيع .

مادة ٤٣٧ : تبدأ المزايدة فى جلسة البيع بمناداة المحضر على الثمن الأساسى والمصاريف .

ويعين القاضى قبل بدء المزايدة مقادير التدرج فى العروض فى كل حالة بخصوصها مراعياً فى ذلك مقدار الثمن الأساسى .

مادة ٤٣٨ : إذا لم يتقدم مشتر فى جلسة البيع يحكم القاضى بتأجيل البيع مع نقص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك .

مادة ٤٣٩ : إذا تقدم مشتر أو أكثر فى جلسة البيع يعتمد القاضى العطاء فى الجلسة فوراً لمن تقدم بأكبر عرض ويعتبر العرض الذى لا يزاد عليه خلال ثلاث دقائق منهياً للمزايدة .

مادة ٤٤٠ : يجب على من يعتمد القاضى عطاؤه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذى اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل . وفى هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه . فإذا لم يودع الثمن كاملاً وجب عليه ايداع خمس الثمن على الأقل وإلا أعيدت المزايدة على ذمته فى نفس الجلسة . وفى حالة عدم ايداع الثمن كاملاً يؤجل البيع .

وإذا أودع المزايد الثمن فى الجلسة التالية حكم بإيقاع البيع عليه إلا إذا تقدم فى هذه الجلسة من يقبل الشراء مع زيادة العشر مصحوباً بكامل الثمن المزاد . ففى هذه الحالة تعاد المزايدة فى نفس الجلسة على أساس هذا الثمن ، فإذا لم يتقدم أحد للزيادة بالعشر ولم يقدم المزايد الأول بإيداع الثمن كاملاً وجبت إعادة المزايدة فوراً على ذمته ، ولا يعتد فى هذه الجلسة بأى عطاء غير مصحوب بكامل قيمته . ولا يجوز بأى حال من الأحوال أن تشتمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك .

مادة ٤٤١ : كل حكم يصدر بتأجيل البيع يجب أن يشتمل على تحديد جلسة لإجرائه فى تاريخ يقع بعد ثلاثين يوماً وقبل ستين يومًا من يوم الحكم .

ويعاد الإعلان عن البيع فى الميعاد وبالإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ .

فإذا كان تأجيل البيع قد سبقه اعتماد عطاء وجب أن يشتمل الإعلان أيضاً على البيانات الآتى ذكرها :

١- بيان إجمالى بالعقارات التى اعتمد عطاؤه .

٢- اسم من اعتمد عطاؤه ومهنته وموطنه الأصلى أو المختار .

٣- الثمن الذى اعتمد به العطاء .

مادة ٤٤٢ : إذا كان من حكم بإيقاع البيع عليه دائناً وكان مقدار دينه مرتبته يبرران اعفاءه من الإيداع أعفاه القاضى .

مادة ٤٤٣ : يلزم المزايد المتخلف بما ينقص من ثمن العقار بالفوائد ويتضمن الحكم بإيقاع البيع الزام المزايد المتخلف بفرق الثمن إن وجد ولا يكون له حق فى الزيادة بل يستحقها المدين أو الحائز أو الكفيل العينى بحسب الأحوال .

مادة ٤٤٤ : يجوز لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء الثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين إذا وافقه الموكل على ذلك .

مادة ٤٤٥ : على المشترى ان يتخذ موطناً مختاراً فى البلدة التى بها مقر المحكمة إذا لم يكن ساكناً بها ، فإن كان ساكناً وجب أن يبين عنوانه على وجه الدقة .

الفصل الرابع

التنفيذ بطريق حجز ما للمدين لدى الغير

٤١٢- مادة ٣٢٥ : يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط .

ويتناول الحجز كل دين ينشأ للمدين فى ذمة المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما فى ذمته ما لم يكن موقعاً على دين بذاته .

مادة ٣٢٦ : لا يجوز للحاجز أن يضم لدينه من الفوائد أكثر من فائدة سنة واحدة ولا أن يضم إليه فى مقابل المصاريف أكثر من عشر مبلغ الدين على ألا يجاوز ذلك العشر أربعين جنيهاً .

مادة ٣٢٧ : إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو كان دينه فيه غير معين المقدار فلا يجوز الحجز إلا بأمر من قاضى التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً وذلك بناء على عريضة يقدمها طالب الحجز .

ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الإذن إذا كان بيد الدائن حكم ولو كان غير واجب النفاذ متى كان الدين الثابت به معيّن المقدار .

مادة ٣٢٨ : يحصل الحجز بدون حاجة إلى إعلان سابق إلى المدين بموجب ورقة من أوراق المحضرين تعلن إلى المحجوز لديه وتشتمل على البيانات الآتية :

١- صورة الحكم أو السند الرسمى الذى يوقع الحجز بمقتضاه أو إذن القاضى بالحجز أو أمره بتقدير الدين .

٢- بيان أصل المبلغ المحجوز من أجله وفوائده والمصاريف .

٣- نهى المحجوز لديه عن الوفاء بما فى يده إلى المحجور عليه أو تسليمه إياه مع تعيين المحجوز عليه تعييناً نافياً لكل جهالة .

٤- تعيين موطن مختار للحاجز فى البلدة التى بها مقر محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحجوز لديه .

٥- تكليف المحجوز لديه بالتقرير بما فى ذمته خلال خمسة عشر يوماً .

وإذا لم تشتمل الورقة على البيانات الواردة فى البنود (١) و (٢) و (٣) كان الحجز باطلاً .

ولا يجوز لقلم المحضرين إعلان ورقة الحجز إلا إذا أودع الحاجز خزانة محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحجوز لديه أو لحسابها مبلغًا كافياً لأداء رسم محضر التقرير بما فى الذمة ويؤشر بالإيداع على أصل الإعلان وصورته .

مادة ٣٢٩ : إذا كان الحجز تحت يد محصلى الأموال العامة أو الأمناء عليها وجب أن يكون إعلانه لأشخاصهم .

مادة ٣٣٠ : إذا كان المحجوز لديه مقيماً خارج الجمهورية وجب إعلان الحجز لشخصه أو فى موطنه فى الخارج بالأوضاع المقررة فى البلد الذى يقيم فيه .

مادة ٣٣١ : إذا كان للمحجوز لديه عدة فروع فلا ينتج الحجز أثره إلا بالنسبة إلى الفرع الذى عينه الحاجز .

مادة ٣٣٢ : يكون إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه مع تعيين موطن مختار للحاجز غير البلدة التى بها مقر المحكمة الواقع بدائرتها موطن المحجوز عليه .

ويجب إبلاغ الحجز خلال ثمانية الأيام التالية لإعلانها إلى المحجوز لديه وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

مادة ٣٣٣ : فى الأحوال التى يكون فيها الحجز بأمر من قاضى التنفيذ يجب على الحاجز خلال ثمانية الأيام المشار إليها فى المادة

السابقة أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

وإذا كانت دعوى الدين مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى قدمت دعوى صحة الحجز إلى نفس المحكمة لتنظر فيهما معاً .

مادة ٣٣٤ : إذا اختصم المحجوز لديه فى دعوى صحة الحجز فلا يجوز له أن يطلب خروجه منها ولا يكون الحكم فيها حجة عليه إلا فيما يتعلق بصحة إجراءات الحجز .

مادة ٣٣٥ : يجوز للمحجوز عليه أن يرفع الدعوى بطلب رفع الحجز أمام قاضى التنفيذ الذى يتبعه ولا يحتج على المحجوز لديه برفع هذه الدعوى إلا إذا أبلغت إليه ، ويترتب على إبلاغ المحجوز لديه بالدعوى منعه من الوفاء للحاجز إلا بعد الفصل فيها .

مادة ٣٣٦ : الحجز لا يوقف استحقاق الفوائد على المحجوز لديه ولا يمنعه من الوفاء ولو كان الحجز مدعى ببطلانه ، كما لا يمنع المحجوز عليه من مطالبته بالوفاء .

ويكون الوفاء بالإيداع فى خزانة المحكمة التابع لها المحجوز لديه .

مادة ٣٣٧ : يبقى الحجز على المبالغ التى تودع خزانة المحكمة تنفيذاً لحكم المادة السابقة وعلى قلم الكتاب إخبار الحاجز والمحجوز عليه بحصول الإيداع فى ظرف ثلاثة أيام وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

ويجب أن يكون الإيداع مقترناً ببيان موقع من المحجوز لديه بالحجوز التى وقعت تحت يده وتواريخ إعلانها وأسماء الحاجزين والمحجوز عليهم وصفاتهم وموطن كل منهم والسندات التى وقعت الحجوز بمقتضاها والمبالغ التى حجز من أجلها .

وهذا الإيداع يغنى عن التقدير بما فى الذمة إذا كان المبلغ المودع كافياً للوفاء بدين الحاجز ، وإذا وقع حجز جديد على المبلغ المودع فأصبح غير كاف جاز للحاجز تكليف المحجوز لديه التقرير بما فى ذمته خلال خمسة عشر يوماً من يوم تكليفه ذلك .

مادة ٣٣٨ : يجب على المحجوز لديه رغم الحجز أن يبقى للمحجوز عليه بما لا يجوز حجزه بغير حاجة إلى حكم بذلك .

مادة ٣٣٩ : إذا لم يحصل الإيداع طبقًا للمادتين ٣٠٢ ، ٣٠٣ وجب على المحجوز لديه أن يقرر بما فى ذمته فى قلم كتاب محكمة المواد الجزئية التابع هو لها خلال الخمسة عير يوماً التالية لإعلانها بالحجز ويذكر فى التقرير مقدار الدين وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع الحجوز الموقعة تحت يده ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً عليها .

وإذا كان تحت يد المحجوز لديه منقولات وجب عليه أن يرفق بالتقرير بياناً مفصلاً بها .

ولا يعفيه من واجب التقرير أن يكون غير مدين للمحجوز عليه .

مادة ٣٤٠ : إذا كان الحجز تحت يد إحدى المصالح الحكومية أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة والشركات والجمعيات التابعة لها وجب عليها أن تعطى الحاجز بناء على طلبه شهادة تقوم مقام التقرير .

مادة ٣٤١ : إذا توفى المحجوز لديه أو فقد أهليته أو زالت صفته أو صفة من يمثله كان للحاجز أن يعلن ورثة المحجوز لديه أو من يقوم مقامه بصورة من ورقة الحجز ويكلفه التقرير بما فى الذمة خلال خمسة عشر يوماً .

مادة ٣٤٢ : ترفع دعوى المنازعة فى تقرير المحجوز لديه أمام قاضى التنفيذ الذى يتبعه .

مادة ٣٤٣ : إذا لم يقرر المحجوز لديه بما فى ذمته على الوجه وفى الميعاد المبيّن فى المادة ٣٣٩ أو قرر غير الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب عليه إيداعها لتأييد التقرير جاز الحكم عليه للدائن الذى حصل على سند تنفيذى بدينه بالمبلغ المحجوز من أجله وذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة .

ويجب فى جميع الأحوال الزام المحجوز لديه بمصاريف الدعوى والتعويضات المترتبة على تقصيره أو تأخيره .

مـادة ٣٤٤ : يجب علـى المـحجـوز لديه بعـد خمـسة عـشر يومًا من تاريخ تـقريره أن يدع إلى الـحاجز المـبلغ الذى أقـر به أو مـا يفى منه بحق الـحاجـز وذلك متى كـان حـقـه وقـت الدفـع ثابتًا بسـند تـنفـيذى وكـانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٨٥ قد روعيت .

مادة ٣٤٥ : للمـحجوز لديه فى جميع الأحوال أن يخصم مما فى ذمته قدر ما أنفقه من المصـاريف بعد تقديرها من القاضى .

مادة ٣٤٦ : إذا لم يحصل الـوفاء ولا الايداع كان للحاجز أن ينفذ على أموال الـمـحـجوز لديه بـموجب سنده مرفـقًا به صـورة رسـمية من تـقرير الـمـحجوز لديه .

مادة ٣٤٧ : إذا كان الحجز على المنقولات ، بيعت بالإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز لدى المدين دون حاجة إلى حجز جديد .

مـادة ٣٤٨ : إذا كان الـمحـجـوز دينًا غير مسـتحق الأداء بيـع وفقًا لـما تنص عليه المادة ٤٠٠ .

ومـع ذلك يـجـوز لـلـحاجـز إذا لـم يوجـد حـاجـزون غـيـره أن يـطلـب اختـصـاصـه بالدين كله أو بـقدر حـقه مـنه بـحسب الأحـوال ، ويكـون ذلك بدعوى ترفع على المحجوز عليه والمحجوز لديه أمام قاضى التنفيذ التابع له المـحـجوز لديه ويعتبر الـحكم باخـتصاص الـحاجـز بمثابة حـوالة نافذة ، ولا يجوز الطعن فى هذا الـحكم بأى طريق .

مادة ٣٤٩ : يجوز للدائن أن يوقع الـحجز تـحت يد نفسه على ما يكون مدينًا به ، ويكـون الـحجز بإعلان إلى المـدين يشتمل على البـيانات الواجب ذكرها فى ورقة إبلاغ الـحجز .

وفى الأحـوال التى يكـون فيـها الـحـجز بأمـر من قـاضى التنـفيذ يجب على الحاجز خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان المدين بالـحجز أن يرفع أمام المـحكمة الـمـختصة الدعوى بثبـوت الحق وصـحة الـحجز وإلا اعـتبر الـحجز كأن لـم يكن .

مــادة ٣٥٠ : الـحـجـز الواقـع تـحت يد إحـدى المـصـالح الـحكومـية أو

وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة والشركات والجمعيات التابعة لها لا يكون له اثر إلا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ إعلانه ما لم يعلن الحاجز المحجوز لديه فى هذه المدة باستبقاء الحجز فإن لم يحصل هذا الإعلان أو لم يحصل تجديده كل ثلاث سنوات اعتبر الحجز كأن لم يكن مهما كانت الإجراءات أو الاتفاقات أو الأحكام التى تكون قد تمت أو صدرت فى شأنه .

ولا يبدأ مدة الثلاث سنوات المذكورين بالنسبة إلى خزانة المحكمة إلا من تاريخ ايداع المبالغ المحجوز عليها .

مادة ٣٥١ : يجوز لقاضى التنفيذ فى أية حالة تكون عليها الإجراءات أن يحكم بصفة مستعجلة فى مواجهة الحاجز بالإذن للمحجوز عليه فى قبض دينه من المحجوز لديه رغم الحجز وذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا وقع الحجز بغير سند تنفيذى أو حكم أو أمر .

٢- إذا لم يبلغ الحجز المحجوز عليه فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ أو إذا لم ترفع الدعوى بصحة الحجز فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٣٣ .

٣- إذا كان قد حصل الإيداع والتخصيص طبقاً للمادة ٣٠٢ .

مادة ٣٥٢ : يعاقب المحجوز بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات إذا بدد الأسهم والسندات وغيرها من المنقولات المحجوز عليها تحت يده إضراراً بالحاجز .

طبيعة الحجز تحت يد المصلحة أو الشركة لدين النفقة :

٤١٣- نصت المادة ٧٣ من إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على انه على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وادارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز

عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وايداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء آخر .

٤١٣ مكرر – نصت المادة ٧٦من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، فى حدود النسب التالية :

٢٥٪ للزوجة أو المطلقة . وتكون ٤٠٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة.

٢٥٪ للوالدين أو أيهما .

٣٥٪ للولدين أو أقل .

٤٠٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

٥٠٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة عن ٥٠٪ تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

كما نصت المادة ٧٧ من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه عند التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

إتفاقية تنفيذ الأحكام بين الدول العربية :

فى ١٩٥٢/١١/١٠ إنعقدت إتفاقية بين الدول العربية التالية : الأردن– سوريا – العراق – السعودية – لبنان – مصر – اليمن ، ثم إنضمت إليها : ليبيا – والكويت بشأن تنفيذ الأحكام فيما بينها تضمنت المبادئ التالية :

١– أن كل حكم مدنى أو تجارى أو بتعويض أو فى أحوال شخصية صادر من هيئة قضائية فى إحدى دول الجامعة العربية ، يكون قابلاً للتنفيذ فى سائر دول الجامعة وفقاً لأحكام تلك الإتفاقية .

٢– لا يجوز رفض تنفيذ الحكم إلا فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا تبين للسلطة القضائية فى الدولة المطلوب إليها التنفيذ أن الهيئة القضائية التى أصدرت الحكم لا ولاية لها أو أنها غير مختصة بنظر الدعوى.

(ب) إذا كان الخصوم لم يعلنوا على الوجه الصحيح .

(جـ) إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة فى الدولة المطلوب إليها التنفيذ، أو إذا كان مناقضاً لمبدأ تعتبر كقاعدة عمومية دولية.

(د) إذا كان قد صدر حكم نهائى بين نفس الخصوم فى ذات الموضوع من إحدى محاكم الدولة المطلوب إليها التنفيذ ، أو أنه توجد لدى هذه المحاكم دعوى قيد النظر بين نفس الخصوم فى ذات الموضوع رفعت قبل إقامة الدعوى أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه .

٣- لا يجوز رفض تنفيذ حكم محكمين صادر فى إحدى دول الجامعة العربية إلا فى الحالات التالية :

(أ) إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم .

(ب) إذا كان الحكم غير صادر تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين.

(جـ) إذا كان المحكومون غير متخصصين طبقًا لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذى صدر قرار المحكمين على مقتضاه .

(د) إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح .

(هـ) إذا كان فى حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة فى الدولة المطلوب إليها التنفيذ .

(و) إذا كان حكم المحكمين ليس نهائياً فى الدولة التى صدر فيها .

٤- لا تسرى هذه الإتفاقية بأى وجه من الوجوه على الأحكام التى تصدر ضد الحكومة المطلوب إليها التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها بسبب الوظيفة فقط ، كما لا تسرى على الأحكام التى يتنافى تنفيذها مع المعاهدات والإتفاقيات الدولية المعمول بها فى البلد المطلوب إليها التنفيذ .

٥- يجب أن يرفق بطلب التنفيذ المستندات الآتية :

(أ) صورة رسمية طبق الأصل مصدق عليها من الجهات المختصة للحكم المطلوب تنفيذه المذيل بالصيغة التنفيذية .

(ب) أصل إعلان الحكم المطلوب تنفيذه أو شهادة رسمية دالة على أن الحكم تم إعلانه على الوجه الصحيح .

(جـ) شهادة من الجهات المختصة دالة على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم نهائي واجب التنفيذ .

(د) شهادة دالة على أن الخصوم أعلنوا بالحضور أمام الجهات المختصة أو أمام هيئة المحكمين على الوجه الصحيح إذا كان الحكم أو قرار المحكمين المطلوب تنفيذه قد صدر غيابياً .

٦- يكون للأحكام التى يتقرر تنفيذها فى إحدى دول الجامعة نفس القوة التنفذية التى لها فى محاكم الدولة طالبة التنفيذ .

٧- لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة التنفيذ فى بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو أمانة أو كفالة لا يلزم بها رعايا هذا البلد ، كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق فى المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم القضائية .

٨- تعين كل دولة السلطة القضائية المختصة التى ترفع إليها طلبات التنفيذ وإجراءاته وطرق الطعن فى الأمر أو القرار الصادر فى هذا الشأن وتبلغ ذلك من كل من الدول المتعاقدة الأخرى .

ثم تحدثت مواد الإتفاقية الباقية عن كيفية التصديق على الإتفاقية ، وإيداع وثائق التصديق الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، وكيفية الإنضمام إلى الإتفاقية ، والعمل بها ، وكيفية الإنسحاب منها .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٩/١/٢٨[١] بتطبيق أحكام الإتفاقية فى شأن تنفيذ الحكم الصادر

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦٩/١/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – العدد ١– مدنى وأحوال – ص١٧٦ وما بعدها .

بتاريخ ٢٢ من ربيع الأول سنة ١٣٨٢هـ من المحكمة الكبرى بالدمام فى المملكة العربية السعودية ، وقد أوردت المحكمة تدليلاً على جعل هذا الحكم قابلاً للتنفيذ فى مصر ، أن ذلك الحكم يحمل توقيع رئيس المحكمة وختم رئاسة القضاء بمحكمة الدمام الكبرى ، وأنه كتب على ظهره أنه سجل بالمجلد الخاص بالأحكام الحقوقية لعام ١٣٨٢هـ وأن المطعون عليه قدم شهادة من أمير منطقة الرياض بأن الحكم يحمل فى ذاته الصيغة التنفيذية الإجبارية ، كما قدم شهادة من رئيس ديوان المظالم تفيد أن الحكم قد إستوفى شرائطه التى تجعله قابلاً للتنفيذ طبقاً لإتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين دول الجامعة العربية بشأن تبادل تنفيذ الأحكام ، وأنه بشكله الذى قدم به يعد قابلاً للتنفيذ فى الدولة التى صدر من محاكمها وهى المملكة العربية السعودية ، بما يتحقق فى شأنه ذات الإعتبارات التى تستهدفها الصيغة التنفيذية .

التنفيذ تحت يد البنوك وسرية الحسابات بها :

وضع القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ الخاص بسرية الحسابات بالبنوك (المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٣٩ مكرراً بتاريخ ١٩٩٠/١٠/٢) القواعد والضوابط بالتقرير بما فى الذمة فى حالة الحجز تحت يد البنك إستيفاء لدين نفقة أو غيرها .

فنصت المادة الثالثة منه على أن يطلب النائب العام أو من يفوضه من المحامين العاميين الأول من محكمة إستئناف القاهرة التقرير بما فى الذمة بمناسبة الحجز الموقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وعلى النائب العام أو من يفوضه إخطار البنك وذوى الشأن بالأمر الذى تصدره المحكمة خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره .

ولا يبدأ ميعاد التقرير بما فى الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور .

الباب الثانى

الطبيعة الشرعية والدستورية والقانونية لحبس المحكوم عليهم بالنفقات

شروط حبس المدين بالنفقة :

٤١٤ – نصت المادة ٧١ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على انشاء نظام من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب يتولى الاشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى .

ويصدر بقواعد هذا النظام واجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

هذا الحكم مستحدث .

كما نصت المادة ٧٢ ق ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقًا للقواعد والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

ونصت المادة ٧٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال وجهات القطاع الخاص والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وادارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الاعلان ، أن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة ٧٦ من هذا القانون من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات وايداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى اجراء آخر .

نصت المادة ٧٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل اقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر ، متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء .

نصت المادة ٧٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠ على أن لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها ، وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقتها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها .

نصت المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب الحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون (١ لسنة ٢٠٠٠) بناء على اجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك.

وتكون العقوبة الحبس الذى لاتزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع الزامه بردها وذلك مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون أخر .

الأساس الشرعى للحكم بحبس المدين بالنفقة :

٤١٥- فى الشريعة الإسلامية أصول تجيز حبس المدين القادر على الوفاء بدينه متى كان مماطلاً ، سواء اكان هذا الدين نفقة أو غير ذلك ، لقول الرسول ﷺ : « على الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » (١) ، وقد إتفق أصحاب المذاهب الأربعة على جواز الحبس .

ويعتبر فقهاء الحنفية مماطلة المدين من مجرد ثبوت الحق المدعى به إذا أنكره أمام القاضى ، لأن الإنكار تصميم على عدم الأداء ، ويرتبون على ذلك أنه لو طلب إمهاله حتى يستحضر المال ليؤدى ما عليه لم يجب إلى

---

(١) عرضه اى شكايته ، وعقوبته اى حبسه - نيل الأوطار - للشوكانى - جزء ٥ - ص٢٤٠ .

طلبه وحبس بمجرد ثبوت الحق ، أما لو ثبت الحق بإقراره فإنه لا يعتبر مماطلاً إلا إذا أمره القاضى بدفع ما عليه ، وإمهاله لذلك فلم يفعل ، لأنه يعرف كونه مماطلاً فى أول وهلة إذ من الجائز أن يكون قد طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا إمتنع بعد ذلك ظهر مطله . وذهب السرخسى إلى عكس ذلك حيث أوجب حبس من ثبت الدين بإقراره بلا إمهال ، لأنه كان عليه أن يستصحب معه المال ما دام مقراً به . وقرر بعضهم أن القاضى لا يكتفى بأمره بالأداء وإمهاله لذلك ، بل لابد له من أن ينبهه إلى أنه إذا إمتنع سوف يحبسه ، ويفعل ذلك معه مراراً ، والمدة التى يجاب إلى الإمهال لها هى ثلاثة أيام .

المحكمة المختصة بالإشكالات فى الحبس للنفقة :

٤١٦- سبقت الإشارة إلى أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد ألغى المادتين ٣٥١و٣٥٢ من اللائحة الشرعية اللتين كانتا تنظمان قواعد إشكالات التنفيذ ومن ثم وعملاً بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر الذى يكون قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ هو الواجب التطبيق فى شأن الإشكال فى تنفيذ الأحكام الشرعية ومنها أحكام الحبس .

والمختص بنظر الإشكالات سواء أكانت وقتية أو موضوعية هو قاضى التنفيذ دون غيره عملاً بالمادة ٣١٢ من قانون المرافعات الجديد ، وهذا الإختصاص المنعقد له بها من النظام العام - وسوف نعود إلى بحث إشكالات التنفيذ فى الفصل الرابع .

الفرق بين حكم المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمادة ٢٩٣ عقوبات :

٤١٧- تعرف المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على عقاب الحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون (١ لسنة ٢٠٠٠) بناء على اجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك .

وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع الزامه بردها وذلك مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر ، بينما تعرف المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات بأنها تنظم قواعد جريمة هجر العائلة .

أما المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات فتنص على ما يلى :

« كل من صدر عليه حكم قضائى واجب التنفيذ لزوجته أو أقاربه أو إصهاره أو أجرة حضانة أو مسكن وإمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة

وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين . ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة » .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية فى شأن المادة ٢٩٣ عقوبات أنها مادة جديدة أضيفت للمعاقبة على جريمة هجر العائلة وهى جريمة تعاقب عليها القوانين الحديثة « كالفرنسى والإيطالى والبلجيكى» .

وحكمة التجريم هى رعاية الروابط العائلية من ناحية الإحتياجات المادية، نظراً لما يترتب على تقاعس بعض الملتزمين بالإتفاق على غيرهم من إضطراب على أحوال هؤلاء .

وهذا النص مستمد – فى الحقيقة – من الشريعة الإسلامية التى وضعت أحكاماً مفصلة لمختلف أنواع النفقات ، ونظمت بعض قواعدها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل سن القوانين الأجنبية ، بل أن النفقات وهى الركن الأساسى فى الجريمة ترجع فى تقريرها إلى محاكم الأحوال الشخصية التى تطبق الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية الأخرى .

(أ) أوجه الشبه بين المادتين :

١– يقوم حكم المادتين على إلتزام سلبى من جانب المحكوم عليه بالإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها للمحكوم له .

٢– يقتضى إعمال حكم كل من المادتين ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ و ٢٩٣ عملاً إيجابياً من جانب المحكوم له بالنفقة ، ففى الأول يتقدم بصحيفة دعوى الحبس ويباشرها حتى يحكم بحبس المدين بالنفقة ، وفى الثانية يتقدم ببلاغ (شكوى) إلى جهة التحقيق المختصة ويباشرها حتى فيحكم بحبس المدين بالنفقة .

٣– لكل من مستحق النفقة أن ينهى إجراءات حبس المدين ، متى طلب ذلك ، فى حالة دفع النفقة أو تقديم كفيل بها .

٤- يشكل حكم كل منهما عقوبة فى جانب المحكوم عليه بالنفقة مع الخلاف السابق .

٥- الغاية من حكم كل منهما حماية الأسرة ، وكفالة الحياة للمحكوم له بالنفقة ، وإكراه المدين بها وإجباره على الوفاء بها للمحكوم له .

(ب) أوجه الخلاف بين المادتين :

١- أن المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى باب « تنفيذ الأحكام » على حين أن المادة ٢٩٣ عقوبات وردت فى عداد الجنح المنصوص عليها فى قانون العقوبات .

٢- أن مجال المادة ٧٩من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بيان كيف أن الإكراه البدنى وسيلة من وسائل التنفيذ فى ديون النفقات ولو كانت لمُدة لا تقل عن ستة أشهر - أما المادة ٢٩٣ عقوبات فقد نصت على أن الإمتناع عن دفع النفقة مع القدرة لمدة ثلاثة أشهر جريمة لها عقوبة خاصة .

٣- أن مدة الحبس فى نص المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ لا تزيد على سنتان ، بينما هى فى المادة ٢٩٣ عقوبات لا تزيد على سنة .

٤ - أن محكمة الأحوال الشخصية هى التى تختص بحبس المدين بالنفقة تطبيقاً للمادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، بينما تختص محكمة الجنح بحبسه تطبيقاً للمادة ٢٩٣ عقوبات .

٥- لا أثر للعود فى أحكام المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن من مقتضى العود فى المادة ٢٩٣ عقوبات أن يكون الحبس الذى لا يزيد على سنة هو عقوبة الجريمة بعد أن كانت الحبس أو الغرامة التى لا تتجاوز مائة جنيه فى حالة المجرم غير العائد .

٦- أن الإشكال فى تنفيذ حكم الحبس الصادر تنفيذاً لحكم المادة ٧٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ رفع إلى قاضى التنفيذ بالمحكمة الجزئية المختصة إعمالاً لنص المادة من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، بينما يرفع إلى المحكمة الجنائية تنفيذاً لحكم المادة ٢٩٣ عقوبات .

عدم تنفيذ حكم الرؤية غير مؤثم جنائياً :

٤١٧ مكرراً – إن مناط نص المادة ٢٩٣ عقوبات أن يكون قد صدر قرار (حكم) من القضاء بشأن حضانة الصغير وحفظه وإمتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار– يختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصابات – إن الحكم المطعون فيه إذ دان المطعون ضده بتهمة انه لم يسلم إبنته إلى والدتها لرؤيتها تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات مع صراحة نص ووضوح عبارتها فى كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الإنحراف عنها بطريق التفسير والتأويل إلى شمول حالة الرؤية، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه (١) .

جريمة عدم تسليم صغير لمن له الحق فى طلبه :

٤١٨ – تقضى المادة ٢٨٤ عقوبات بأن : « يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً كل من كان متكفلاً بطفل وطلبه منه من له الحق فى طلبه ولم يسلمه إليه » ، وهذا النص يقابل المادتين ٣٥٤ و ٣٥٧ من قانون العقوبات الفرنسى .

وقد حل هذا النص محل المادة ٢٤٦ من قانون عقوبات ١٩٠٤ ، وهى تتناول بالعقاب الأب والأم إذا إمتنع عن تسليم ولده إلى من حكم له بحضانته – وقد إستقر الرأى فى فرنسا على أن النصوص المتعلقة بالخطف فى قانون العقوبات لا تتناول الآباء والأمهات ، إذ هم بما فطروا عليه من الحنان والعطف نحو أولادهم لا يمكن أن تمتد إليهم نصوص وضعت فى الواقع حماية لسلطتهم ومحافظة على أولادهم وهم صغار فى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – جنائى – العدد ١– ص٤٨٣ وما بعدها .

حجورهم ، فإضطر الشارع الفرنسى فى سنة ١٩٠١ إلى إضافة فقرة إلى المادة ٣٥٧ عقوبات فرنسى تقضى بمعاقبة أى الوالدين يمتنع عن تسليم طفله أو يخطفه بعد صدور حكم بحضانته - أما فى مصر فقد جرى قضاء المحاكم قبل التعديل الحاصل فى مايو سنة ١٩٣٢ على معاقبة الأب والأم إذا إمتنع عن رد الطفل لمن كان له منهما الحق فى إستلامه ، إلى أن يعدل النص وفى ظل النص المعدل يتعين لعقاب المتهم ثبوت إمتناعه عن تسليم الطفل بعد طلبه منه ، فإذا لم يثبت الإمتناع فلا عقاب - وقد حكم (١) بأنه لا محل لتطبيق المادة ٢٤٦ عقوبات على إمرأة أتهمت بالإمتناع عن تسليم حفيدها المحكوم بتسليمه لوالده ، لأنه صادر ضدها حكم شرعى بالتسليم ، وقالت المحكمة فى حكمها أنه على المحكوم له أولاً أن يتخذ الطريق المرسوم قانوناً لتنفيذ الحكم وإستلام الغلام من المتهمة ، وهذا الطريق يقطع كل شك فى القضية من جهة ما نسب إليها من الإمتناع بدون وجه مقبول .

هذا ويلاحظ أن جريمة الإمتناع عن تسليم طفل لمن له حق فى طلبه تعتبر من قبيل الجرائم المستمرة إستمراراً متتابعاً أو متجدداً .

كما يلاحظ أن تنفيذ تسليم الصغير لمن له حق طلبه يكون بطريق التنفيذ الإدارى (الشرطة) ، إذ لا يتصور أن يكون تنفيذ الأحكام الشرعية الذى محله أشخاص بطريق التنفيذ القضائى .

---

(١) نقض - جلسة ١٩٢٤/٤/٧ - الطعن ٦٤٠ لسنة ٤١ - الموسوعة الجنائية - للمستشار جندى عبد الملك الجزء الأول - ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

الباب الثالث

قواعد التنفيذ المؤقت

٤١٩- نصت المادة ٥٩ من إصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز لمحكمة الاستئناف أن تصدر حكماً مؤقتًا واجب النفاذ بشأن رؤية الصغير أو بتقرير نفقة أو بتعديل النفقة التى قضى بها الحكم المستأنف بالزيادة أو بالنقصان حتى تصدر حكمها النهائى فى استئناف الحكم القطعى وفقاً لما نص عليه فى المادة ١٠ .

ونصت المادة ٨ فقرة (جـ) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن :

« إذا حكم بعزل ناظر وقف أو ضم ناظر آخر إليه تعين المحكمة فى الحالتين بحكم واجب النفاذ ناظراً بصفة مؤقتة إلى أن يفصل فى الدعوى بحكم نهائى .

الباب الرابع

إشكالات التنفيذ

٤٢١ – كانت المادتان ٣٥١ و ٣٥٢ من اللائحة الشرعية الواردتان فى الباب الثانى من الكتاب الخامس منها تنظمان قواعد إشكالات التنفيذ ، وهاتان المادتان قد تناولها الإلغاء الذى نص عليه القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ومن ثم وعملاً بالمادة الخامسة من القانون المذكور يكون من قانون المرافعات هو القانون الواجب التطبيق فى شأن إشكالات التنفيذ (١).

ولقد نظمت المواد من ٣١٢ إلى ٣١٥ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أحكام إشكالات التنفيذ .

قاضى التنفيذ هو المختص بنظر الإشكالات :

٤٢٢ – تفيد المادة ٣١٢ من قانون المرافعات الجديد اختصاص قاضى التنفيذ بنظر إشكالات التنفيذ ، وكما تفيد المذكرة الإيضاحية إختصاصاً بها سواء أكانت وقتية أم موضوعية .

وتنص المادة ٢٧٤ مرافعات على أن التنفيذ يجرى تحت إشراف قاضى التنفيذ (٢) الذى يندب فى مقر كل محكمة جزئية من بين قضاة المحكمة

---

(١) أهم المراجع فى هذا الفصل : التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد – للدكتور أحمد أبو الوفا – المجلد ٢ – طبعة ١٩٦٩ – ص٦٨٧ وما بعدها . وقواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة – للدكتور رمزى سيف – طبعة ٨/١٩٦٨/١٩٦٩– ص١٦٦ وما بعدها . وتقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه– للأستاذ محمد كمال عبد العزيز – ص٢٥٣ وما بعدها .

(٢) أوردت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى شأن قاضى التنفيذ أن المشرع إستحدث هذا النظام لملاءمته للبيئة المصرية ونظامها القضائى. ويهدف هذا النظام المستحدث إلى توفير إشراف فعال متواصل للقاضى على إجراءات التنفيذ فى كل خطوة من خطواته للقائمين به فى كل تصرف يتخذ منهم ، كما يهدف إلى جمع شتات المسائل المتعلقة به فى ملف واحد وفى يد قاض واحد قريب من محل التنفيذ يسهل على الخصوم الإلتجاء إليه . ومن أجل ذلك خول المشرع هذا القاضى=

الابتدائية ويعاونه فى ذلك عدد كاف من المحضرين وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وتقضى المادة ٢٧٥ مرافعات باختصاص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها كما يختص باصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة .

والمنازعات الوقتية هى التى يطلب فيها الحكم بإجراء وقتى لا يمس بأصل الحق ، أما المنازعات الموضوعية فهى المنازعات التى يطلب فيها الحكم بحسم النزاع فى أصل الحق (١) .

ونصت المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات على أن تستأنف أحكام قاضى التنفيذ فى المنازعات الموضوعية إلى المحكمة الابتدائية إذا زادت قيمة النزاع على ألفى جنيهًا ولم تجاوز عشرة آلاف جنيهاً وإلى محكمة الاستئناف إذا زادت على ذلك وتستأنف أحكامه فى المنازعات الوقتية إلى المحكمة الابتدائية.

=إختصاصات وسلطات واسعة فى كل ما يتعلق بالتنفيذ . فجعله مختصاً دون غيره بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ وبالفصل فى كل المنازعات المتعلقة به . سواء أكانت منازعات موضوعية أم فنية وسواء أكانت من الخصوم أم من الغير . كما خوله قاضى الأمور المستعجلة عند فصله فى المنازعات وهى المنازعات التى يكون المطلوب فيها إجراء وقتياً ، كما أسند المشرع إلى قاضى التنفيذ إختصاصاً شاملاً فى جميع المسائل المتعلقة بالتنفيذ أياً كانت قيمتها . ان ما إبتغاه المشرع من إستحداث نظام قاضى التنفيذ هو تجميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية والحكمة من تجميع منازعات التنفيذ بنوعيها فى يد قاضى التنفيذ تعلو فى غايتها على قواعد الاختصاص .

(١) وقضت محكمة النقض بعدم قبول الإشكال الوقتى إلا إذا كان سببه لاحقاً لصدور الحكم المستشكل فى تنفيذه ويعتبر السبب القائم قبل صدور الحكم قد إندرج ضمن الدفوع فى الدعوى التى صدر فيها الحكم سواء دفع به فى تلك الدعوى أم لم يدفع (نقض – جلسة ١٩٦٦/١١/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص١٩٧٣).

ولم يشأ المشرع أن يستعمل عبارة « **إشكالات التنفيذ الموضوعية والوقتية**» مؤثراً عليها إستعمال عبارة « **منازعات التنفيذ الموضوعية** والوقتية قاصداً من ذلك توسيع إختصاصات قاضى التنفيذ فى شأن الخلافات التى تتصل بالتنفيذ ذلك أن (منازعات التنفيذ) اكثر شمولاً وأوسع نطاقاً من عبارة (إشكالات التنفيذ) فتشمل منازعات التنفيذ الإشكالات وغيرها .

وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد فى شأن إختصاص قاضى التنفيذ ، بأنه :

« يختص دون غيره فى جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ أيًا كانت قيمتها ، وسواء اكانت بين الخصوم أم من الغير ، وسواء كانت منازعات موضوعية أو وقتية فى صورة دعاوى أو إعتراضات أو إشكالات .

فقاضى التنفيذ إذن ، وعلى ما يبين من نص المادة ٢٧٥ مرافعات ، هو المختص نوعياً وكأصل عام بجميع منازعات التنفيذ سواء منها ما كان وقتياً أو موضوعياً او ولائياً (١) .

إشكالات تنفيذ الأحكام الشرعية :

٤٢٣– المستفاد من النصوص لاختصاص قاضى التنفيذ أنها تجعل هذا الاختصاص شاملاً لاشكالات التنفيذ ، سواء منها ما كان وقتيًا أو موضوعياً وعلى هذا رأى الفقه والقضاء الحديث (٢) .

فقاضى التنفيذ يختص بنظر إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية فى تشكيلها للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ولو تعلق الحكم بمسائل لا دخل لها بالأموال وإنما من صميم

---

(١) قضاء الأمور المستعجلة ٢٠ – إختصاص قاضى التنفيذ – للأستاذ محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل وفاروق راتب – طبعة ٣ – ١٩٦٩ ص١٦ وما بعدها وطبعة ٦ – مجلد ٢ .

(٢) قضاء الأمور المستعجلة – المرجع السابق – ص٥٦ وما بعدها ،، والتعليق على قانون المرافعات الجديد – الدكتور أحمد أبو الوفا – ص٦٩٧ . وبلقاس – جلسة ١٨/٥/١٩٧١ – قاضى التنفيذ ٦٤ – سنة ١٩٧١ إشكال .

الأحوال الشخصية كالمسائل المتعلقة بالحضانة أو طلب الزوجة إلى منزل الزوجية .

وإذا نظرت دائرة مدينة مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فلا يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعى ، وإنما بطلب الإحالة إلى دائرة الأحوال الشخصية ذلك أن الدفع بعدم الاختصاص النوعى لا يجوز إلا حيث يحصل إخلال بقواعد الاختصاص النوعى ، وهنا لم يحصل إخلال ، لأن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٠ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والملية قد شكل دوائر للأحوال الشخصية ينشئ محاكم لنظرها (١) .

أثر رفع إشكال ثان على التنفيذ :

٤٢٤- يظهر من نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٣١٢ من قانون المرافعات الجديد أن تقديم إشكال ثان لا يوقف التنفيذ ، وذلك ما لم يحكم قاضى التنفيذ بالوقف .

ولا يعتبر الإشكال الذى يقيمه (يقدمه) الطرف الملتزم فى السند التنفيذى إشكالاً ثانياً ما لم يكن قد إختصم فى الإشكال السابق ، وحكمة ذلك منع التحايل بالإيعاز إلى شخص أخر أن يرفع إشكالاً قبل أن يرفع الملتزم فى السند التنفيذى إشكاله لكى يتوصل من وراء ذلك إلى منع وقف التنفيذ .

أثر العرض الحقيقى على التنفيذ :

٤٢٥- تقضى المادة ٣١٣ مرافعات بأنه لا يترتب على العرض الحقيقى وقف التنفيذ إذا كان العرض محل النزاع .

ولقاضى التنفيذ أن يأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً مع إيداع المعروض أو مبلغ أكبر منه يعينه .

أثر شطب الإشكال :

٤٢٦- تقضى المادة ٣١٤ مرافعات بأنه إذا تغيب الخصوم وحكم

---

(١) التعليق – للدكتور ابو الوفا – المرجع السابق – ص٥٩٨ .

القاضي بشطب الإشكال زال الأثر الواقف للتنفيذ المترتب على رفعه .

والمقصود بالإشكال هنا هو الإشكال الوقتى .

وزوال الأثر الواقف للإشكال الوقتى مرده أن لا يظل التنفيذ موقوفاً بسبب إشكال لم يعين الخصوم بالحضور فيه فحكم بشطبه .

تغريم المستشكل :

٤٢٧- إذا خسر المستشكل دعواه جاز(١) الحكم عليه بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على أربعمائة جنيهاً ، وذلك مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها وجه (م٣١٥ مرافعات) .

وذلك للحد من المماطلة والكيد .

مقدمات التنفيذ :

٤٢٨- إن المادة ٢٨١ من قانون المرافعات المدنية تنص على وجوب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى لشخص المدين أو فى موطنه الأصلى وإلا كان باطلاً ، ويجب أن يشتمل الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب منه وتعيين موطن مختار لطالب التنفيذ فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ التابع لها المدين ، ولا يجوز التنفيذ إلا بعد مضى يوم على الأقل من إعلان السند التنفيذى ، ذلك أنه يتعين على الدائن قبل الشروع فى التنفيذ الجبرى إتخاذ إجراءات معينة جرى الفقهاء على تسميتها بإسم (مقدمات التنفيذ) وهى : إعلان السند التنفيذى إلى من يراد التنفيذ ضده وتكليفه – ومضى يوم على إعلان السند التنفيذى قبل إجراء التنفيذ ، إذ الغاية من المهلة أن يتمكن المدين من تدبر أمره

---

(١) كانت القراءة فى مشروع القانون وجوبية فجعلتها اللجنة التشريعية بمجلس الأمة جوازية وعدل النص كما صدر به القانون . وتم تعديله طبقاً للقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩.

فيها لعله يتمكن من الوفاء بما هو مطلوب منه ، فيتفادى التنفيذ على ماله (١) .

---

(١) قضاء الأمور المستعجلة -جزء ٢- إختصاص قاضى التنفيذ - للأستاذ محمد على راتب وزميله - طبعة ٥ - ص٢٣١ وما بعدها . وقواعد تنفيذ الأحكام - للدكتور رمزى سيف - طبعة ٨ - ص١٦٦ وما بعدها ، وبلقاس الجزئية - جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ - القضية ٥١ سنة ١٩٧٠ إشكال . ومقال : قاضى التنفيذ - للدكتور أحمد أبو الوفا - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٨ ٠ العدد ٣- ص٦٦٣ وما بعدها . وقاضى التنفيذ علمًا وعملاً - للأستاذ إسكندر سعد زغلول المحامى - طبعة ١٩٧٤ . والوجيز فى قواعد وإجراءات التنفيذ والتحفظ - للدكتور عبد العزيز بديوى - طبعة ١ - ١٩٧٤ . ومقال : قاضى التنفيذ فى قانون المرافعات الجديد - للأستاذ المستشار سعد العيسوى - المحاماة - السنة ٤٨ - ص٣ وما بعدها . ونظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن - للدكتور عزمى عبد الفتاح - طبعة ١٩٧٨ - ص٤٤٣ وما بعدها .

فهرس الجزء الأول

الكتاب الأول
أصول المرافعات الشرعية
فى مسائل الأحوال الشخصية

الباب الأول
المبادئ الأساسية لولاية القضاء فى الاسلام

الباب الثانى
القضاء الشرعى ودواعى الغائه

الباب الثالث

قضاء الأحوال الشخصية فى الإقليم المصرى

الباب الرابع

السمات المميزة والقواعد الأساسية لمشروع قانون اجراءات التقاضى

نظرية الدعوى الشرعية

الباب الأول

الدعوى الشرعية

الباب الثانى

الاختصاص

الكرنك للكمبيوتر
تليفون : ٤٨٧٢٧١١

شركة الجلال للطباعة
العامرية ـ الاسكندرية ت : ٠١٢٣٩٧٩٢١٨

